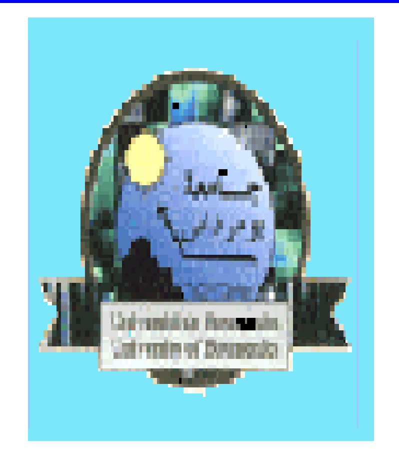
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة امحمد بوقرة بومرداس
كلية الحقوق والعلوم التجارية.



Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche scientifique.
Université M'Hamed Bouguera Boumerdes.
Faculté de Droit et Sciences Commerciales.

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري
-دراسة مقارنة-

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية

تاريخ المناقشة:.......................

من إعداد الطالبة :
عائشة مقراني

تحت إشراف الدكتور :
أعراب بلقاسم

الأستاذ : محمد سرور أستاذ محاضر بجامعة بومرداس........................رئيسا
الأستاذ أعراب بلقاسم أستاذ التعليم العالي بجامعة بومرداس....................مقررا
الأستاذ : الرشيد بن شويخ أستاذ محاضر بجامعة البليدة.......................ممتحنا

السنـــــة الجامعيـــة :2005

شكـــــــــر

أشكر الله وأحمده على نعمه علينا وتوفيقه لنا لإنجاز هذا العمل.

أشكر من ساعدتني و وقفت بجانبي و التي مهما فعلتُ لا يمكنني رد ولو جزءا بسيطا من جميلها منذ قدومي إلى هذا العالم: أمي الحبيبة.

أشكر مشرفي وأستاذي الدكتور الفاضل : أعراب بلقاسم الذي قبل الإشراف عليا، رغم وقته الضيق فشرفني بذلك.

أشكر كل أساتذتي الأفاضل سواء في مرحلة الليسانس أو مرحلة الماجستير.

أشكر كل من ساعدني لإنجاز هذا العمل.

إهـــــــــداء

إلى أعز وأحب مخلوقين على وجه الأرض ماما وبابا.

إلى أختي الوحيدة نادية، وزوجها رضا.

إلى من كان لي نعم الأخ: مختار.

إلى من ملأت حياتي سعادة بقدومها إلى عالمنا : مروة.

إلى مشرفي وأستاذي الفاضل الدكتور : أعراب بلقاسم.

إلى كل أساتذتي الأفاضل.

إلى أعز صديقاتي: صفية، شهيرة وسليمة.

إلى كل من ساعدني لإنجاز هذه المذكرة.

قائمة بأهم المختصرات:

A.I.D.I. : Annuaire de L'institut de droit international
Cass.Civ. Fr : Cassation Civile Française
C.A.P. Cour D'appel de Paris
C.C.I: Chambre de commerce Intrenationale
C.I.R.D.I. : Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements.
C.N.U.D.C.I : Conferences des Nations Unies pour le Droit Commercial International.
Ed : édition
Et S. : et suivante
Fasc: fascicule
Fr: Français
Ibid: ibidem
J.Cla. : Juris-Classeur
J.Cla. P.C : Juris-Classeur de procédures civiles
J.Cla. D.I : Juris-Classeur de droit international
J.Cla. Com : Juris-Classeur de droit commercial
J.D.I. : Journal de Droit International
N°: numero
Op. Cit : Opere Citato (ouvrage cité)
p. : page
R.C.A.D.I. : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
Rep. Dr.Com. : Répertoire de Droit Commercial .
Rev. Arb. : Revue de l ' arbitrage.
Rev.Crit.dr.Int. Pr : Revue Critique de Droit International Privé.
R.T.D.Com. : Revue Trimestrielle de de droit commercial et de droit économique .
Spec: Spécialement.
t. : tome
Tré.Féd. : Trébunal Fédéral
Vol. : Volume

مقدّمـــــة

التحكيم هو اتفاق بين أطراف علاقة قانونية عقدية أو غيـــر عقديـــة– درج على أن يطلق عليها العلاقة الأصلية أو العقد الأصلي أو العقد الأساســـي[1]، وهـــو الذي يحدد حقوق والتزامات أطراف هذه العلاقة – باللجوء لحل كـــل أو بعـــض المنازعات القائمة أو التي ستنشأ إلى شخص أو أشـــخاص يســـمون بـــالمحكمين، وينتهي بصدور قرار تحكيمي[2]. واتفاق التحكيم قد يرد بشأن علاقة قانونية داخلية فنكون بصدد تحكيم داخلي، كما يمكن أن يكون الإتفاق عليه لحل نزاعات ناشـــئة عن علاقة تجارية دولية، فنكون بصدد اتفاق تحكيم تجاري دولي، وهو ما يـــدخل في إطار دراستنا وهو موضوع من موضوعات القانون الدولي الخاص.

يستفاد من هذا التعريف أن اتفاق التحكيم يمكن أن يأخذ إحدى صورتين:

الأولى: هي شرط التحكيم CLAUSE COMPROMISSOIRE وهو الشرط الـــذي يدرجـــه المتعاقدان–قبل نشأة النزاع –في العقد الأصلي المبرم بينهما، وينص على أن تحل بطريق التحكيم المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره.

الثانيـــة: هي مشارطة التحكيم COMPROMIS وهي التي يتفق بموجبها الأطراف على حل نزاع ناشئ بينهم بالفعل، عن طريق التحكيم.

وأصل هذه التفرقة عُرِفت في القانون الفرنســـي، حيـــث تضـــمن تقنـــين المرافعات المدنية الفرنسي الصادر عام1806 في المواد من 1003 –1028 منـــه تنظيما مفصلا للتحكيم. وقد ساد في هذه المرحلة تيارا رجعيا في فرنســـا حيـــث حورب كل ما كان قد حظي بحماية النظام الثوري بعد سقوط الجمهورية الفرنسية الأولى، ولم ينجو من هذا التيار محاكم التحكيم التي كانت ســـائدة أنـــذاك، وعنـــد مناقشة تقنين المرافعات المذكور اقترح بتصفية هذه المؤسسة، ورغم عدم الأخـــذ بهذا الإقتراح إلا أن التحكيم عرف الكثير من القيود، حيث أن المادة 1003 مـــن القانون المذكور كانت قد حددت الأشخاص المؤهلين لابرام اتفاق التحكيم وكـــذلك القضايا التي يجوز اللجوء بشأنها إلى التحكيم، واستيفاء شكل خاص فـــي اثبـــات اتفاق التحكيم وهذا في المادة 1006 من القانون السابق، كما أشارت نفس المـــادة

---

1 –حول تعريف التحكيم أنظر أبو زيد رضوان، " الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي"، دار الفكر العربي، مصر 1981، ص 19.

2 –يجب أن نميز بين اتفاق التحكيم الذي يبرم بين أطراف العقد الأصلي و هو موضوع هذه الدراسة، وبين عقد التحكيم الذي يبرم بين أطراف العلاقة الأصلية من جهة والمحكمين من جهة أخرى. أنظر حول هذا النوع الثاني عبد الرحمان الملحـــم (أحمـــد)، "عقـــد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم" مقال منشور في مجلة الحقوق ، السنة 18 ، العدد الثاني، 1994.

إلى أنه يجب تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين، وتخلف هذان العنصـران يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم. ويتضح من هذا الشرط الأخير أن اتفاق التحكيم لا يجوز إلا في النزاعات التي قد نشأت بالفعل، وأما بصدد المنازعات المحتملـة أي التي قد تظهر مستقبلا فإنها مستبعدة.

وقد كان من آثار هذا الموقف والذي اتبعته المحاكم إسـتنادا إلـى المـادة 1006 من القانون المشار إليه أنه خلال الدورة القضائية التي شـغلت قرابـة 70 عاما إلى 80 عاما كان قد اختفى حتى مفهوم شرط التحكيم نفسـه. وسـاد فـي المصادر الفقهية مصطلحا واحدا يعني اتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم[3].

ولم يلفت في البداية هذا الأمر نظر الأوساط صاحبة المصلحة نظرا للدور غير الكبير الذي كانت تشغله التجارة الدولية في الإقتصاد الفرنسي في تلك الفترة. ولكن الوضع تغير بمرور الوقت مع تطور الصناعة في القرن التاسع عشر، فقـد أصبحت حالة التحكيم في القانون الفرنسي لا تستجيب لمصالح رجـال الأعمـال والأوساط التجارية، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بصِـلاتهم المتبادلـة مـع المتعاقدين الأجانب من تلك الدول التي اعترفت قوانينها باتفاقية التحكـيم اعترافـا تاما.

ومع عدم عدول المحاكم الفرنسية عن موقفها بشأن عـدم صـحة شـروط التحكيم، وتحت ضغط الأوساط صاحبة المصلحة لجأت-المحاكم- إلى إتخاذ بعض المحاولات لتجاوز الأثر المقيد للمادة 1006، ولا سيما بالإستناد إلى أن عدم صحة شروط التحكيم لا تتعلق بالنظام العام، ولهذا فقد أصبحت هـذه الشـروط محـلا للإعتراف متى أخضعها الأطراف بالاتفاق لقانون دولة تعترف بصحتها.

وبعد الحرب العالمية الأولى اتسع نطاق المطالبة بالتعجيـل بقبـول هـذا المشروع، ووقعت فرنسا في هذه الفترة بروتوكول جنيف لعام1923 الذي اعترف بصحة شروط التحكيم. وفي هذه الظروف غدا عدم الإعتراف المباشـر بشـروط التحكيم استنادا إلى القانون الصادر في 1806 أمرا لا يطاق. وأخيرا أقر البرلمان مشروعا بموجب قانون 8 ديسمبر 1925 حيث أدرج في التقنين التجاري بصـفة إضافة مكملة للمادة 631 منه، صحة شروط التحكيم، ومنذ ذلك الحين بقي شـرط التحكيم غير معترف به في المواد المدنية طبقا للقانون الفرنسي.

---

3 -أنظر أنعم بن ناجي الصلاحي(أحمد)، "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة" المؤسسة الجامعية للدراسـات والنشر والتوزيع مركز الدراسات والبحوث اليمني 1994، ص 70.

ويبقى السؤال المطروح هو فيما إذا كانت هذه التفرقة معمول بها في إطار التحكيم التجاري الدولي، و يمكن القول أنه وانطلاقا من سنة 1930 و ومع تطور المعاملات التجارية الدولية و ظهور مفهوم مصالح التجارة الدولية، وما يميز هذه المعاملات عن المعاملات الداخلية، فإنه أصبح من الممكن ابرام شرط التحكيم إذا تعلق الأمر بعقد تجاري دولي، الأمر الذي كرسته العديد من القرارات القضائية.

هذا ولم يعرف القانون الجزائري هذه التفرقة في تعديله لتقنين الاجــراءات المدنية الجديد رقم 93/09 الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت المـــادة 458 مكرر1/1 : " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المســتقبلية والقائمـــة"، وبالتالي فالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي تنطبق على اتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة.

هذا، وقد عرف التحكيم التجاري الدولي انتشارا واسعا ونال حظا كبيرا في ميدان التجارة الدولية وعلاقات التعاون الدولي في المجــال الصـــناعي والتقنـــي والعملي كطريق لفض المنازعات في المجالات الأخيرة وذلك لأن هذه المنازعات لا يتم حلها في المحاكم القضائية، وإنما من طرف المحكمينARBITRES– والذين يتم إختيارهم بمعرفة الأطراف أو يعينوا طبقا للطريقة التي يختارها الأطــراف مـــن طرف القاضي.

ولعل من بين المزايا الكثيرة [4]التي يتمتع بها التحكيم هي خبرته التطبيقيـــة في معالجة منازعات التجارة الدولية والسرعة في الفصل فيها. حيث قال أرســـطو قديما: " أن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عـــن القضـــاء، ذلـــك لأن المحكم يرى "العدالة" بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع".[5] وعليه التحكـــيم نظـــام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عـــن طريق وسيلة أخرى يرتضونها.

وبما أن التحكيم أصبح في الوقت الحالي الطريقة الشائعة لفض المنازعات في مجال عقود التجارة الدولية ونتيجة لهذا الإقبال إختصت العديد مـــن الغـــرف التجارية في هذا المجال، وأنشأت فيها هيئات للتحكيم، كما أنشئت مراكـــز عديـــدة

---

4 –أنظر حول مزايا التحكيم علي رحيم (عامر)، "التحكيم بين الشريعة والقانون"، منشورات الدار الجماهرية للنشـــر والتوزيـــع ليبيا1987، ص 43 ومايليها، عبد العليم الرفاعي (أشرف)، " اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصـــة الدولية–دراسة فقهية وقضائية مقارنة "،دار الفكر الجامعي2003، ص 1 وما يليها؛ محمد سامي(فوزي)، "التحكيم التجاري الدولي"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، الجزء الخامس ،ص 19 ومايليها.

–5 -CARABIBER(CH.), "L'évolution de l'atrbitrage commercial ineternational", Rev. Cours .Acad. de droit interanatioal.

للتحكيم على الصعيد الدولي، أهمها محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية في باريس، محكمة التحكيم الدولي في لندن، جمعية التحكيم الأمريكية في نيويورك، لجنة التحكيم للتجارة الخارجية في الصين...

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية المختلفة، فبعد أن كانت أغلبيتها تهتم بتنظيم التحكيم الداخلي–وهو الذي يخص فض النزاعات الناشئة عن عقود داخلية– وحظرها للتحكيم التجاري الدولي لعدة أسباب[6] خاصة بالنسبة للدول النامية، نظرا لحداثة استقلال معظمها، واعتبارها أن إقرار التحكيم التجاري الدولي يمس بسيادتها، أصبحت اليوم تخصص فصولا كاملة من النصوص لمعالجة التحكيم التجاري الدولي. كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري فبعد أن كان التحكيم التجاري الدولي محظورا بموجب الأمر رقم 66/154 والمؤرخ في 08 أوت 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية[7]، عدل المشرع الجزائري عن موقفه بموجب القانون رقم 93/09 والذي أصبح يتيح اللجوء إلى التحكيم حتى بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة في علاقاتها التجارية الدولية.

أما المشرع الفرنسي فقد أضاف إلى قانون المرافعات الصادر عام 1806 فصلا خاصا بالتحكيم التجاري الدولي وذلك بالمرسوم الصادر في 1981/03/21. وكذلك القانون الدولي الخاص السويسري في 1987، والقانون اللبناني لعام 1983، والقانون البلجيكي لعام 1985، والقانون المصري بموجب القانون الجديد للتحكيم رقم 94/27.

وأما على صعيد المنظمات الدولية المعنية بالقواعد الدولية في مجال التعامل التجاري الدولي فقد أولت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة أهمية خاصة بالتحكيم التجاري الدولي فوضعت قواعد التحكيم المعروفة بإسمها سنة 1976، كما أنها أعدت قانونا نموذجيا للتحكيم التجاري الدولي سنة 1985، ويتسم هذا القانون بالشمولية والصبغة الدولية، حيث تمت مناقشته من ممثلين يمثلون أكثر من 50 دولة من مختلف الأنظمة القانونية والإقتصادية والتي ساهمت في مناقشة القانون المذكور، وعلى إثر ذلك أصدرت دول عديدة قوانين

---

6 –أنظر حول هذه الأسباب عليوش قربوع (كمال)، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، ديوان المطبوعات الجامعية 2001، ص21 ومايليها، بكلي(نور الدين)، "اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري "،رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 1997.

7 –منشور في الجريدة الرسمية رقم 47 بتاريخ 9 جوان 1966.

جديدة للتحكيم اشتقت معظم أحكامها من نصوص القانون النموذجي، من هذه الدول: كندا، أستراليا، نيجريا، وكذلك المشرع المصري.

وقد رأى المجتمع الدولي، نظرا لأهمية نظام التحكيم في مجال التجارة الدولية خاصة بعد إزدياد التبادل التجاري وتوسيع العلاقات الإقتصادية والمعاملات التجارية ضرورة إعداد اتفاقيات متعددة الأطراف تعالج القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي نذكر منها:

البروتكول المتعلق بشروط التحكيم جنيف 1923، اتفاقية تنفيذ الأحكام الأجنبية جنيف 1927، اتفاقية الإعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية بنيويورك والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية والأجنبية وتنفيذها1958 والتي إنظمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 المتضمن الإنضمام، بتحفظ،[8] بالإضافة إلى الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 وكذلك اتفاقية واشنطن لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965، وإن دل هذا العرض للإهتمام الواضح من المجتمع الدولي لنظام التحكيم بصفة عامة على شيء، إنما يدل على أهمية نظام التحكيم.

من خلال ما سبق يمكن القول أن اتفاق التحكيم كأول مرحلة من مراحل التحكيم هو اتفاق ككل الاتفاقات الدولية الأخرى، حيث أنه وبالإضافة إلى أنه ناتج عن إرادة الأطراف يجب أن يتوفر لإبرامه التراضي بين أطراف العقد الأصلي وخلو هذا التراضي من عيوب الإرادة، وأما محل اتفاق التحكيم فهو موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم ويكون عادة غير محدد إذا جاء في صورة شرط تحكيم، ومحددا إذا جاء في مشارطة التحكيم. أما سبب اتفاق التحكيم فهو عرض النزاع على التحكيم بدلا من القضاء العادي نظرا للمزايا التي يتمتع بها نظام التحكيم. كما أن اتفاق التحكيم مبدئيا، لا يحدد حقوق والتزامات الأطراف.

وعليه فلا يمكن تصور وجود اتفاق تحكيم من غير العقد الأصلي، فهو وسيلة لحل النزاعات المرتبطة أساسا بهذا الأخير. فهل تعلق اتفاق التحكيم بعلاقة قانونية أصلية يعني أن الإتفاقين مرتبطان ببعضهما البعض وجودا وعدما؟ بمعنى آخر و انطلاقا من اختلاف موضوع كل من الاتفاقين (العقد الأصلي واتفاق

---

8 -نصوص الاتفاقية موجودة في الجريدة الرسيمة ، العدد48 الصادرة بتاريخ 1988/11/23.

التحكيم)، ماهي العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي المتعلق به ؟ هل حدوث أي تغير على العقد الأصلي يؤثر ذلك على اتفاق التحكيم؟

لكل ما سبق، اخترت معالجة هذا الموضوع، و نظرا لأهمية نظام التحكيم بصفة خاصة بالنسبة للجزائر والمرحلة الإقتصادية التي تسعى للوصول إليها وهي إقتصاد السوق، بحيث أصبح من المستحيل تشجيع التجارة الخارجية دون الإهتمام بنظام التحكيم وتطويره هذا من جهة، ومن جهة أخرى كذلك أخترنا مسألة تخص اتفاق التحكيم كمرحلة من مراحل التحكيم بصفته المرحلة الأساسية والجوهرية لإنطلاق التحكيم، وهذا دون التقليل من أهمية المراحل الأخرى. ولا سيما أن اتفاق التحكيم هو مصدر سلطة المحكم فبدونه لا يمكن للعملية التحكيمية أن تنطلق، فهل يمكن للمحكم أن يفصل في نزاع بين أطراف علاقة قانونية باطلة؟ كذلك نتصور الحالة العكسية أي مدى امكانية المحكم بالفصل في نزاع ناتج عن علاقة قانونية أصلية مع إدعاء الأطراف ببطلان اتفاق التحكيم. له الحق بأن يفصل ببطلان العقد الأصلي إذا ثبت ذلك ؟ وإذا ثبت أن اتفاق التحكيم باطل هل يتوقف عند هذا الحد ويعلن عدم اختصاصه؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تكمن في الاتجاه القضائي الذي نادي بإستقلالية هذا الاتفاق عن العقد الأصلي المتعلق به من جهة، وتطور هذا المبدأ إلى أن أصبح اليوم يناشد بالحكم باستقلاليته-اتفاق التحكيم- عن كل قانون وطني يمكن أن يخضع له هذا الاتفاق سواء كان هذا القانون هو قانون العقد الأصلي أو قانون آخر وهو ما أطلق عليه كذلك مبدأ صحة اتفاق التحكيم، فما هو المقصود بهذا المبدأ وما مدى تكريسه من طرف القانون الجزائري، والقوانين المقارنة و الإتفاقيات الدولية؟

على أن هذا المبدأ ليس مطلقا، إذ يجب أن يخضع اتفاق التحكيم في تقدير صحته لقواعد النظام العام، فما هو النظام العام المعمول به، وماهي مظاهر تدخله في تقدير هذه الصحة؟

للإجابة على هذه التساءلات قسمنا خطة البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: وسأتطرق فيه إلى مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي وصوره.

الفصل الثاني: وسأعالج مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي و النظام العام بصفته القيد الوارد على تطبيق هذا المبدأ.

وقبل ذلك سوف أتطرق في مبحث تمهيدي إلى: تحديد المقصود من تجارية ودولية اتفاق التحكيم. لتحديد نطاق موضوع بحثنا هذا.

وتقتضي منا دراسة هذا الموضوع أن نجمع في بحثه ودراسته بين أكثر من منهج: الوصفي و التحليلي، لكونهما يساعدان على ضبط مفهوم مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي من كل جوانبه، وكذلك تحليل الأحكام القضائية والقرارات التحكيمية التي تخص موضوع الدراسة، وكذلك مختلف النصوص القانونية سواء الداخلية أو الدولية. بالإضافة إلى المنهج المقارن، لا سيما وأن الموضوع له صلة وثيقة بمعاملات التجارة الدولية، ولقي بإهتمام معظم النصوص القانونية سواء الدولية أو الداخلية، وعليه ستكون الدراسة المقارنة بين مختلف النصوص القانونية الداخلية والدولية وكذلك الأنظمة المعمول بها في التحكيم. وقد أستعنا بالعديد من الأحكام القضائية الصادرة في مجال التحكيم وكذلك القرارات التحكيمية، إلا أننا نأسف على عدم تمكننا من العثور على قرارات كثيرة توضح موقف القضاء الجزائري وهذا راجع إلى أن أغلبية القرارات التحكيمية التي تصل إلى القضاء الجزائري تبقى بدون نشر.

مبحث تمهيدي

تحديد المقصود بتجارية ودولية اتفاق التحكيم

يمكن تقسيم التحكيم من حيث النظام القانوني الذي ينتمي إليه إلى ثلاث أنواع، التحكيم الدولي العام، التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي.

ويقصد بالتحكيم الدولي العام، التحكيم الذي يهدف إلى حل المنازعات الدولية التي تثور فيما بين الدول ذات السيادة بشأن أمور تهم هذه الدول، ويخضع هذا التحكيم لقواعد القانون الدولي العام.[1] وإذا كان تحديد المقصود بالتحكيم الدولي العام على النحو المتقدم لا يثير أية صعوبة تذكر، فإن الصعوبة تثور بشأن تحديد المقصود بالتحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي، ووضع معيار للتفرقة بينهما.

ونشير إلى أن تحديد نوعية التحكيم وما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم داخلي أم دولي ليست من الأمور النظرية أو الدراسات الأكاديمية[2]، بل إن التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي له أهمية كبرى، ويترتب عليها نتائج بالغة الخطورة من عدة نواحي.

فمن ناحية أولى : فإن تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل التحكيم يتوقف على نوع التحكيم، فوصف التحكيم بأنه تحكيم داخلي يستتبع بالضرورة تطبيق القانون الداخلي وحده، الأمر الذي يختلف اختلافا كبيرا عن التحكيم التجاري الدولي الذي يثير تنازع القوانين. مما يقتضي البحث عن القانون الواجب التطبيق في شأنه.

وعليه فأهمية التفرقة بين التحكيم الداخلي و التحكيم التجاري الدولي هو أن هذا الأخير وحده يثير جميع المشاكل المعروفة في إطار القانون الدولي الخاص، وخاصة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته[3]. بالإضافة إلى ذلك فإن تحديد نوعية التحكيم وما إذا كان داخليا أم دوليا يترتب عليه تحديد مدى خضوعه للقواعد التي تنص عليها المعاهدات الدولية التي أبرمت في هذا المجال

---

1 -محمد هاشم(محمود)، "النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية"، الجزء الأول- اتفاق التحكيم- دار الفكر العربي، 1990، ص25، بند14.

2 -أبو زيد(رضوان)، المرجع السابق، ص227.

3 - السيد الحداد (حفيظة)، " الطعن بالبطلان على قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية"، دار الفكر الجامعي، 1997، ص 41 ؛ أبو زيد (رضوان)، " الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي" القسم الثاني "دولية التحكيم التجاري" مقال منشور في مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثالثة، العدد الأول، سنة 1979 ، ص 37.

سواء تلك التي تضع تنظيما موضوعيا للتحكيم أو التي تحـــدد القـــانون الواجـــب التطبيق في شأنه[4].

ومن **ناحية ثانية:** فإن تحديد المحكمة القضائية المختصـــة بنظـــر بعـــض المسائل المتعلقة بالتحكيم يتوقف على تحديد ما إذا كنا بصدد تحكـــيم داخلـــي، أم بصدد تحكيم دولي[5].

ومن **ناحية ثالثة:** فإن مجال إعمال فكرة النظام العام يختلف إختلافا كبيـــرا تبعا لما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم داخلي أم بتحكيم تجاري دولي. فلفكرة النظـــام العام نطاق أضيق في النوع الثاني عنه في النوع الأول. إذ يختلف مـــدى مســـاس موضوع واحد بالنظام العام بحسب ما إذا كان الأمر يتعلـــق بتحكـــيم داخلـــي أم بتحكيم تجاري دولي. فعلى سبيل المثال، مسألة قابلية النـــزاع للتســـوية بطريـــق التحكيم يمكن ألا تكون مبررا لعدم تنفيذ قرار التحكيم إذا لم يكن بـــالحكم مســـاس واضح وجدي بالنظام العام، وذلك بصدد قرارات التحكيم الأجنبية، ويرجـــع ذلـــك إلى أنه ليس كل قاعدة تتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي تعتبر مـــن النظـــام العام في مجال المعاملات الدولية[6].

وعليه تتضح أهمية وضرورة التمييز بـــين التحكـــيم الـــداخلي والتحكـــيم التجاري الدولي، الأمر الذي اختلف الفقه في شأنه، كما تعرضت لـــه الاتفاقيـــات الدولية والتشريعات الوطنية الحديثة.

و سوف نتعرض لتحديد المقصود بتجارية ودولية اتفاق التحكيم حتى يتسنى لنا تمييزه عن التحكيم الداخلي من جهة، وحتى نعرف متى يمكننا القول أننا بصدد تحكيم تجاري دولي، تطبق عليه القواعد والأحكام الخاصة والواردة ســـواء فـــي التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم أو الاتفاقيات الدولية ....من جهـــة أخـــرى. نشير إلى أنه و بالرغم من أهمية التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي فإن الوقوف على دولية التحكيم كانت من المسائل الشائكة التي أثارت جدلا كبيرا فـــي الفقه والقضاء[7]. ولعل من الأسباب الأساسية الكامنة وراء صعوبة تحديـــد دوليـــة التحكيم هو تعدد المعايير التي يمكن الإستناد إليها لتحديد هذه الصفة.

---

4 – أحمد ابراهيم (إبراهيم)، " التحكيم الدولي الخاص"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية 1997، ص42و43.

5 – حسين محمد أبو زيد(سراج)، "التحكيم في عقود البترول" دار النهضة العربية 2000، ص 154 ؛ منشاوي (عبـــد الحميـــد)، "التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية و الإدارية طبقا للقانون 94/27"، منشأة المعارف 1995، ص 22.

6–أحمد ابراهيم(ابراهيم)، المرجع السابق، ص 45 و 46.

7 –منشاوي(عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 19.

لهذا فقد ذهب الأستاذ ماير MAYER للقول بأنه لا يوجد مفهوم غامض في موضوع التحكيم كغموض مفهوم التحكيم التجاري الدولي[8]. ثم يرى بأن معايير دولية التحكيم هي نفسها معايير دولية العقد[9]، وقد تحددت هذه المعايير على مرحلتين:

المرحلة الأولى: الأخذ بالمعيار الإقتصادي كأساس لدولية وتجارية اتفاق التحكيم.

يستند هذا المعيار حسب رأي البعض[10] على طبيعة المنازعة كمعيار لدولية التحكيم، فيُعتبر تحكيما دوليا، إذا اتصلت الرابطة محل النزاع التحكيمي بالتجارة الدولية، بصرف النظر عن مكان التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو الإجراءات أو جنسية الأطراف[11].

وعليه يتمثل هذا المعيار في تعلق العقد الذي تجري تسوية منازعته عن طريق التحكيم بالتجارة الدولية أو بمعاملة دولية، فإذا كان هذا العقد دوليا فإن التحكيم يكتسب صفة الدولية بالتبعية[12].

وفي محاولة للأستاذ ماير MAYER لإعطاء تعريف واضح للمعيار الإقتصادي لدولية التحكيم التجاري جاء في مؤلفه :" إن المعيار الإقتصادي مستوحى من الإجتهاد القضائي الفرنسي في القضية المشهورة لـ MATTER [13] ،

8- -MAYER (P.) , "Droit de l'arbitrage -OHADA-" BRUYLANT,2002,p 38, n°21

9-أنظر حول دولية العقد

-JAQUET (J.M.), "Le contrat international", DALLOZ, 1992 ; HENZ (V.), " Traité des contrats-la vente internationale de marchandises", DELTA, 2000, p5.

10 -شفيق (محسن)، " التحكيم التجاري الدولي-دراسة في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية ،1989، ص 2؛ منشاوي (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص19.

11 - عبد العليم الرفاعي(أشرف)، " اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية "،المرجع السابق، ص 239.

12 -راشد (سامية)، "التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة"دار النهضة العربية، القاهرة 1984 ،ص 179-182 ؛ عبد القادر (ناريمان)، "اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 94/27-دراسة مقارنة : اتفاقية نيويورك و القانون الفرنسي و القانون النموذجي ، الشريعة الإسلامية و التشريعات العربية"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ،1996 ، ص 49.

13 - Cass.Civ.Fr du 17mai1927, sirey 1, p 289; -note CAPITANT.

حيث ذهب procureur général MATTER

"Le contrat doit produire comme un mouvement de flux et reflux au- dessus des frontières des consequences réciproques dans un pays et dans un autre, par exemple l'objet d'un règlement international , le contrat de vente commerciale qui fait passer les marchandises d'un pays dans un autre et ensuite le montant du prix de second dans le premier."

والمتعلقة بعقد دولي. والمعروف أن أصل هذا الإجتهاد اعتبــر العقــد التجــاري الدولي "حركة مد وجزر للبضائع بين أكثر من دولة"، و إتسع بعد ذلك ليــرى أن هذه الحركة تتعلق بمصالح التجارة الدولية، وفي هذا الإطار فالعقد الدولي يتعــدى مصالح الإقتصاد الوطني (المحلي). واليوم أصبح معنى العقد الدولي مــن وجهــة النظر الإقتصادية إن تعلق الأمر بعملية تحريك وتوريد الأمــوال، الخــدمات أو الصرف عبر الحدود أو تخص الإقتصاد أو الصرف بين دولتين على الأقل[14].

ويستطرد قائلا بأن التحكيم يكون دوليا، إذا كان النزاع وبالتــالي العلاقــة مصدر النزاع لها طابع إقتصادي بالمفهوم الذي سبق شرحه[15].

وقد أرسى القضاء الفرنسي ضوابط العقد الــدولي فــي أعقــاب الأزمــة الإقتصادية العالمية[16]، حيث أولى في هذه المرحلة إهتمامــا خاصــا بالمعــاملات التجارية الدولية، بأن تبنى تفسيرا موسعا للعقد الــدولي، مبتعــدا عــن النظــرة القاصرة على الجوانب القانونية المحضة في مسائل التجــارة الدوليــة. فــأعطى مفهوما موضوعيا مستخلص من طبيعة المعاملات الدولية و نتائجها[17].

فإعتبر التحكيم دوليا حسب هذا المعيار إذا تعلق النزاع بمصــالح التجــارة الدولية، وقد كان الفضل لمحكمة النقض الفرنسية ببلورته في العديد من أحكامها. ويستند هذا المعيار إلى ضرورة وضع العديد من القواعد التي تهدف إلى مراعاة المصالح المتعلقة بالتجارة الدولية[18].

14- MAYER (P.) " La définition économique de l'internationalité de l'arbitrage ne vise pas vraiment l'arbitrage mais plutot la relation le plus souvent contractuelle a l'origine du differend porté devant les arbitres de sorte que la question se confond pratiquement avec la définition économique du contrat international. Dans cette conception qui est celle du droit français est international l'arbitrage qui met en cause des interet du commerce international .Cette disposition est directement inspirée en droit français de la celèbre jurisprudence MATTER relative au contrat international . on sait qu'a l 'origine cette jurisprudence envisageait "un flux et un reflux de marchandises". Elle s'est ensuite étendue à la mise en jeu des interets du commerce international en ce sens que le contrat international , d'un point de vue économique, lorsqu 'il recouvre une opération inpliquant un mouvement de biens , services ou un paiement a travers les frontières ou intéressant l'économie (ou seulement la monnaie) de deux pays au moins, Op. Cit , p48, n° 87.

15- MAYER (P.) :"L'arbitrage est international si le different, et donc la relation a l'origine du different, sont économiquement internationaux au sens qui vient d'être défini" Op. Cit , p 48 et 49.

وانظر عبد المجيد(منير)، "التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء فقه وقضاء التحكيم"، منشأة المعارف،1997، ص 83.

16 - زروتي(الطيب)، " النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن"،رسالة دكتوراه ج1، جامعة الجزائــر، 1991، ص 26.

17 -انظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 19.

18 - السيد الحداد (حفيظة)، " الطعن بالبطلان على قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية .."، المرجع الســابق، ص50.

وقد أخذت بهذا المعنى الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي 1961 في المادة 01 منها حيث نصت على أنه: " تطبق هذه الاتفاقية على اتفاقات التحكيم التي تتم لتسوية المنازعات التي تتولد عن عمليات التجارة الدولية بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية ...." [19]، كما أخذت بهذا الحل اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية النزاعات الخاصة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حين حددت مجال تطبيقها بالنزاعات القانونية المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث حددت مجال تطبيقها بالنزاعات القانونية المتعلقة بالإستثمارات ذات الطبيعة الدولية. كذلك أخذت بطبيعة المنازعة كضابط أساسي لدولية التحكيم التجاري الدولي اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول المضيفة للإستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى. وكذلك جاءت اللائحة التنظيمية الجديدة للتحكيم أمام غرفة التجارة الدولية، والسارية المفعول منذ جوان 1975 تأكد على معيار طبيعة المنازعة.

ويخلص أخيرا إلى أنه لا يمكن أن نوضح بدقة معنى دولية التحكيم عن طريق التحكيم، ولكن العقد الأساسي هو الذي يحدد دولية اتفاق التحكيم.[20]

وا ستعمل هذا المعيار من بعد في قضية (أمبكس) Impex [21]من طرف محكمة النقض الفرنسية، حيث اعتبرت محكمة استئناف باريس أن نزاعا بين شركتين ايطاليتين مقرهما إيطاليا، ولكن إحداهما توجد تحت رقابة أجنبية، قد تكون له علاقة بمصالح التجارة الدولية لأن هناك حركة رؤوس أموال وممتلكات عبر الحدود[22]. وتواتر على استعمال هذا المعيار في قضايا عديدة من أهمها، قضية مارديل MARDELE[23]، وقضية دامبريكور DAMBRICOURT[24].

---

19 – " Qu'elle s'applique aux conventions d'arbitrage nées ou à naitre d'opération de commerce international entre personnes physiques ou morales ayant, ...".

20– - MAYER (P.), "On ne pourrait exprimer plus clairement que ce n'est pas l'arbitrage , mais le contrat de base qui défini l'internationalité de l'arbitrage", Op. Cit. P135; TARARI(T.) , "Les règles d'arbitrage international en Algérie",Revue Algériènne des sciences juridiques et économiques et politique, Université d'alger, t.35, n° 1, 1997 , p280.

21– أنظر -Cass. Civ. du 18 /05 1971, J.D.I., 1972 ; note ALEXANDRE.

22– أنظر -Cass. Civ. Paris 26/04/1985. Rev. Arb1985; note MAZGER (E.).

23–أنظر -Cass.Civ.Paris 19/02/1930, Serey, 1933, t.1, p 41; note NIBOYET(J.P.).

24–أنظر -Cass27/01/1931 , Rev.Crit. DI.P. , 1981, p250; . note NIBOYET(J.P.)

وعليه يمكن القول أن هذا المعيار الإقتصادي قد لاقى- بما يتسم به من مرونة وبما يهدف إليه من تحليل للظروف المحيطة بالعقد للتأكد من إتصاله بعملية قانونية تتجاوز بالضرورة النظام القانوني الداخلي لدولة واحدة- نجاحا ملموسا سواء في إطار المعاهدات الدولية و الأنظمة القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم. وقد كان ترجيح القضاء الفرنسي لهذا المعيار هو أساس نص المادة 1492 لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد لسنة 1981.

حيث أعطى للتحكيم الدولي التعريف التالي: " يعتبر تحكيما دوليا، ذلك الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية "[25]. وكذلك الاتفاقية الأوروبية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي والموقعة في جنيف 1961، عنيت مباشرة بتعريف المقصود بالتحكيم التجاري الدولي، حيث جاء في نص المادة 01/أ/ب:" تسري هذه المعاهدة على اتفاقات التحكيم المبرمة بشأن المنازعات الناشئة أوالتي قد تنشأ عن معاملات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعية أو معنوية لهم محل إقامة معتادة..." و على الرغم من حرصها على تحديد ماهو المقصود باتفاق التحكيم الدولي، فإنها لم تعرف ما هو المقصود بمصالح التجارة الدولية التي يعد اتفاق التحكيم دولي لتعلقه بها.

كذلك أخذ بهذا المعيار نص المادة 01 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية السارية اعتبارا من أول جانفي 1988 حيث تنص: " يقوم جهاز التحكيم الدولي لدى غرفة التجارة الدولية، يعين مجلس وتكون مهمته الوصول إلى حل منازعات ذات الطابع الدولي في مجال الأعمال عن طريق التحكيم".

ويمكن القول أن هذا المصطلح ينصرف إلى جميع العلاقات التي تدخل في إطار المعاملات التي تتم بين الدول، أي تلك التي تتطلب إنتقال سلع أو خدمات من دولة إلى أخرى و تتصل بتدفقات وتحويلات مالية من دولة إلى أخرى.

ورغم أن هذا المعيار قد لاقى صيتا، إلا أن جميع النصوص القانونية و الأحكام لم تتعرض لمفهوم التجارة الدولية، وعليه طرح مشكل إعطاء مفهوم واضح لعبارة التجارة الدولية، فهل يجب الأخذ بالمفهوم الضيق أو المفهوم الموسع لهذه العبارة ؟

---

25 - MOREAU(B.), "Arbitrage international", Encyclopédie Dalloz, Rép. Dr.Com.. p.2; GAVALDA(CH.), LUCAS DELEYSSAC(C.), "Arbitrage", connaissance du droit, Dalloz, p.12-13.

أولا: التجارة الدولية بالمفهوم الضيق[26].

إن عبارة مصالح التجارة الدولية بالمفهوم الضيق هو ما أشارت إليه اتفاقية نيويورك[27] في المادة 01 حيث نصت: " لكل دولة عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الإنضمام إليها أو الإخطار بإمتداد تطبيقها عملا بنص المادة 10 أن تصرح على أساس المعاملة بالمثل أنها ستقصر تطبيق الاتفاقية على الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة. كما أن للدولة أن تصرح بأنها ستقصر تطبيق الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقا لقانونها الوطني".

و تعتبر الجزائر من الدول الموقعة على هذه الاتفاقية آخذة بالتحفظ الوارد فيها، وعليه فالأعمال التجارية حسب القانون الجزائري تكون إما حسب الموضوع (المادة 02ت.ت.ج) أو بحسب الشكل (المادة 03ت.ت.ج)، أو عقود تجارية بالتبعية(المادة 04ت.ت.ج)

وعليه حتى يقبل تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية يجب أن يكون العمل تجاريا بحسب القانون الجزائري. لكن الواقع أن هذا التصنيف وأن كان يتناسب مع العلاقات الداخلية فإنه لا يتناسب مع العلاقات التجارية الدولية.[28]

ثانيا: التجارة الدولية بالمفهوم الموسع.

إن مفهوم التجارة الدولية الموسع هو الذي أخذ به الإجتهاد القضائي الفرنسي، حيث إستطاعت محكمة النقض الفرنسية إستنادا إلى هذا المعيار أن تقرر صحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية رغم بطلان هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي[29]، وعلى العموم هذا ما

---

26 -أنظر -TERKI(N.), " L'arbitrage commercial international en Algérie ", O.P.U. 1999, p.21.

27 -نشير أن اتفاقية نيويورك استخدمت من أجل تحديد تطبيق احكامها معيارا مكانيا يتصل بفكرة المعيار القانوني، اذ تسري المعاهدة على قرارات التحكيم الصادرة في دولة أخرى، بينما إعتمدت على المعيار الاقتصادي عندما تعلق الأمر بتعريف اتفاق التحكيم الدولي.

28- - TERKI (N.), Op.Cit. p21.

29 – أنظر المادة 01 من الاتفاق بين الجزائر وفرنسا سنة 1983، موجود في كتاب نور الدين تركي ص 21، بند 35.

أشار إليه تعديل تقنين الإجراءات المدنية الجزائري لسنة 1993 في المادة 2/442 حيث لا يسمح للمؤسسات العمومية باللجوء إلى التحكيم إلا في علاقاتها التجارية الدولية.

وقد توصلت محكمة النقض الفرنسية بإستخدام ذات المعيار إلى تقرير صحة شرط الذهب وما فيه من الشروط النقدية الأخرى التي تهدف إلى ضمان مخاطر تغيير العملة وذلك إذا كانت هذه الشروط منصوص عليها في عقد دولي، على الرغم من أن الشروط ذاتها تعد باطلة بطلانا مطلقا إذا وردت في عقد داخلي لمخالفتها للنظام العام[30].

أما القانون المصري فقد اشترط بالإضافة إلى تعلق موضوع النزاع بالتجارة الدولية توافر إحدى الحالات الأربعة حددتها المادة 03 من قانون التحكيم الجديد[31].

المرحلة الثانية: الأخذ بالمعيار القانوني كأساس لدولية التحكيم.

أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما بتاريخ 4جويلية 1972 في قضية هيشت، HECHET[32] ميزت فيه بين معيارين، مع تركيزها على عناصر المعيار القانوني[33]، وقد جاء في حيثيات هذا القرار: " أن العقد محل النزاع، المبرم في هولاندا بين شركة تجارية خاضعة للقانون الهولندي ومواطن فرنسي يعتبر عقدا دوليا لأنه يرتبط بأنظمة قانونية صادرة عن عدة دول، وبالتالي فهو يكتسي الصفة الدولية استنادا إلى مكان إبرامه بهولندا وإلى جنسية طرفيه المختلفة وإلى موضوعه". وقد كان هذا الحكم بداية تحول القضاء الفرنسي عن المعيار الإقتصادي إلى المعيار القانوني، بحجة أن المعيار الأول ضيق ولا يفي بالحاجة، فإذا كان العقد دوليا من الناحية الإقتصادية فهو كذلك من الناحية القانونية، ولكن العكس ليس بصحيح. ومن أجل هذه المفارقة يستحسن توسيع المعيار.[34]

---

30 – السيد الحداد (حفيظة)، " الطعن بالبطلان على قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص50.

31– أنظر خليل(أحمد)، "قواعد التحكيم –دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي"، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون سنة، ص60.

32 –أنظر -Cass.Civ. , 4Juill1972, Clunet 1972, p .843; note OPPETIT(B.).

33 –كذلك أخذ بهذا الإزدواج اتفاقية جنيف 1961 الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، أما المشرع السويسري فقد أخذ بالمعيار القانوني وحده، وهذا في نص المادة 176 من القانون الدولي الخاص السويسري.

34 –زروتي (الطيب)، الرسالة السابقة، ص 31.

وعليه يستخدم المعيار القانوني بصفة عامة لتحديد ما إذا كان محل المنازعة عقدا دوليا من عدمه، ووفقا لهذا المعيار يعد العقد دوليا إذا كانت العناصر القانونية للعقد على إتصال بأكثر من نظام قانوني واحد[35].

فإعمال المعيار القانوني بشأن اتفاق التحكيم يقصد به تحديد الإرتباط القائم بين التحكيم والنظام القانوني لدولة معينة ولا يقصد بالارتباط في هذا الصدد المعنى المادي لهذه الكلمة، بل مدى تأثر التحكيم بمبادئ النظام القانوني في مجموعه للدولة المعنية[36]، فإذا كان التحكيم يتصل بكل عناصره بدولة معينة كان داخليا، أما إذا إتصلت عناصر التحكيم بأكثر من دولة كان التحكيم دوليا[37].

فلو إتفق طرفان جزائريان بإخضاع نزاع بشأن عقد بيع مثلا للتحكيم، ويتم هذا التحكيم في الجزائر وفقا للقانون الجزائري فيعد هذا التحكيم داخليا، أما إذا كانت أحد هذه العناصر تتصل بنظام قانوني لدولة أجنبية أو أكثر أُعْتُبِرَ التحكيم دوليا[38].

وهناك من الفقه من يرى أنه حتى وإن اتصلت أحد عناصر التحكيم أو أكثر بنظام قانوني لدولة أو أكثر، فلا يمكن أن نضفي عليه صفة الدولية، بل يجب إجراء نوع من المفاضلة بين هذه العناصر. وعلى هذا الأساس، اتجه الفقه المعاصر بشأن تحديد دولية العقد إلى التفرقة بين العناصر القانونية المؤثرة والعناصر القانونية المحايدة [39].

وقد إعتبر هذا الفقه أنه إذا إتصل العنصر الأجنبي الفعال بنظام قانون دولة معينة إعْتُبِرَ التحكيم دوليا، أما إذا اتصل العنصر المحايد بنظام قانون دولة أجنبية اعتبر التحكيم داخليا.

---

35 – أنظر

-JACQUET(J.M.) "Est international le contrat qui présente des liens avec plus d'un système juridique" Op.Cit, p5.

36 –السيد الحداد (حفيظة)، " الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية" المرجع السابق ، ص 45 ؛ أبو زيد (رضوان) ، المقال السابق، ص 53.

37 – المقصود بعناصر التحكيم هي: أطراف العاقة التعاقدية، المحل والسبب.

38 – السيد الحداد (حفيظة)، " الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص 45

39 – السيد الحداد (حفيظة) " الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص 4 عن محاضرات:

" Tendances et méthodes en droit international privé ", Rec des cours LA HAYE 1977, t. 55, p.17. –LALIVE (P.),

ولكن السؤال المطروح ماهي العناصر الفعالة أو المؤثرة، وماهي العناصر المحايدة ؟

لقد رأى الفقه المؤيد لهذا التمييز بين عناصر محايدة وعناصر فعالة أنه من الضروري استبعاد أي تأثير لجنسية أطراف المنازعة أو محل إقامتهم على دولية التحكيم[40].

أما العناصر الفعالة فتتمثل في العناصر التي تعكس الطبيعة المركبة للتحكيم كاتفاق من ناحية وإجراء من ناحية أخرى، يتصلا بعلاقة قانونية محددة وينتهي بصدور حكم تحكيمي[41].

فإذا أُخذ بعين الإعتبار الطابع الاتفاقي للتحكيم فإن ذلك يؤدي إلى إعطاء الأولوية والأفضلية للقانون المختار من قبل الأطراف، فيعتبر دوليا إذا كانت إرادة الأطراف قد إختارت قانونا أجنبيا أو محايدا ليحكم اتفاق التحكيم أو إجراءاته. أما الأخذ بالطابع الإجرائي للتحكيم يؤدي إلى ترجيح مقر التحكيم كعامل مؤثر لإضفاء صفة الدولية، وكذلك مكان صدور قرار التحكيم. ونتعرض فيما يلي إلى هذين المعيارين:

أولا: إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح كمعيار لدولية التحكيم.

حسب جانب من الفقه[42] فإن اختيار القانون الواجب التطبيق قد يلعب دورا رئيسيا في إضفاء الطابع الدولي على التحكيم، فغالبا ما يحصل في واقع التجارة الدولية أن يختار الأطراف قانون بلد محايد ليحكم ما قد ينشأ بينهم من منازعات، لإستبعاد الشكوك المتبادلة في قوانينهم الوطنية، وعادة ما يكون هذا القانون ينتمي إلى دولة غير تلك التي ينتمي إليها أي من المتعاقدين وهذا الإختيار في حد ذاته كافٍ لتدويل التحكيم.

تعرض هذا المعيار إلى النقد، حيث لا يجب إعتبار إختيار قانون أجنبي لحكم النزاع الذي يطرح على التحكيم عاملا حاسما في جميع الفروض، فمسألة

---

40 – السيد الحداد (حفيظة)، " الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص 46.

41 –شريف(هنية)، " القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي"، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 2003 ،ص 18.

42 –منشاوي (عبد المجيد)، المرجع السابق، ص 19.

دولية التحكيم مسألة مستقلة تماما عن مسألة إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[43].

فلو تركزت جميع عناصر العلاقة التعاقدية محل التحكيم في دولة واحدة، فإن على المحكم تطبيق قانون هذه الدولة، وإعتبار إختيار المتعاقدين لقانون دولة أخرى شرط من شروط العقد، الذي يجب أن يظل محكوما بالقواعد الآمرة في قانون الدولة التي ينتمي إليها العقد.

كذلك يمكن أن نستنتج أن القصد من إختيار الأطراف لقانون دولة أجنبية هو التهرب من قانون الدولة المفروض تطبيقه على العلاقة، ولهذا على المحكمين إستبعاد هذا الإختيار على أساس نظرية الغش نحو القانون، وعليه فلا يمكن إعتبار إختيار قانون أجنبي ليطبق على المنازعة عاملا حاسما للقول بدولية التحكيم، بل يجب أن يقترن هذا الإختيار بعناصر أخرى.

ثانيا: مكان صدور قرار التحكيم كمعيار لدولية التحكيم[44].

أخذت بهذا المعيار اتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها[45]، وهذا في نص المادة 01حيث نصت: " تطبق هذه الاتفاقية على إعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة أخرى غير الدولة التي يطلب فيها اعتماد القرارات التحكيمية و تنفيذها والناشئة عن نزاعات بين أشخاص طبيعيين أو معنويين، كما تطبق على القرارات التحكيمة التي لا تعد قرارات وطنية في الدولة التي يطلب فيها اعتمادها وتنفيذها.. "، من خلال هذه المادة نستخلص أن الحكم الصادر في دولة أجنبية هو الذي يخضع للنظام الذي وضعته هذه الاتفاقية.

إن إختيار اتفاقية نيويورك لمكان صدور قرار التحكيم كمعيار لدوليته، وبالتالي تحديد نطاق تطبيقها كان محلا للإنتقاد من قبل جانب من الفقه، لأن إرتباط دولية التحكيم بمكان صدور قرار التحكيم أو مكان إجراء التحكيم إرتباط

---

43 – السيد الحداد (حفيظة)، " الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص 48 ؛

-FOUCHARD (PH.), " L'arbitrage commercial international" , J-Cla. P.C., Fasc1050,. ,p18 et 19.

44 –أنظر منشاوي (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 19.

45 –وإن كانت هذه الاتفاقية تخص دولية قرار التحكيم، فيمكن تطبيق ذلك على اتفاق التحكيم.

جغرافي، وقد يكون عارض أو ثانوي ولا يرتبط بأدنى صلة بالنزاع المطروح على التحكيم. فإختيار مكان التحكيم غالبا ما يكون وليد الصدفة المحضة.

لذلك يرى بعض الفقهاء أنه يجب أن يقترن هذا المعيار بعناصر أخرى ليكون سببا في تدويل التحكيم، وإعتباره بمثابة قرينة فحسب تفيد إتجاه إرادة الأطراف إلى إختيار قانون الدولة التي يجري التحكيم على أرضها ليحكم موضوع النزاع أو يسري على إجراءات التحكيم.

وقد تماشى هذا الرأي مع أحد المعايير التي وضعها القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي ينص في المادة 03/ب على أنه: " يعتبر التحكيم دوليا إذا كان لكل من طرفي التحكيم مقر عمل في ذات الدولة وأن يكون مقر التحكيم المنصوص عليه في اتفاق التحكيم أو المحدد وفقا له واقعا في دولة أخرى غير دولة مقر عمل طرفي التحكيم. إلا أن إرادة الأطراف إذا كانت العلاقة الناشئة بينهم علاقة وطنية بحتة لا تقدر على ترتيب هذا الأثر وجعل التحكيم دوليا.

ونظرا لعدم حسامة هذين المعيارين للقول بدولية التحكيم راح البعض يبحث عن معايير أخرى قانونية لإضفاء صفة الدولية على اتفاق التحكيم. حيث يرى MAYER أن التحكيم يكون دوليا[46]:

إذا كان طرفا اتفاق التحكيم عند إبرام هذا الاتفاق يقيمان في دولتين مختلفتين أو كان أحد الأماكن التالية خارج الدولة التي يقيم فيها أطراف الاتفاق على التحكيم:

-مكان التحكيم أو مكان تنفيذ جزء من التصرفات الناشئة عن العلاقة التعاقدية أو المكان الذي يكون له علاقة وطيدة مع محل النزاع.

-إذا حدد الأطراف صراحة أن محل اتفاق التحكيم له علاقة وطيدة بأكثر من دولة.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع السويسري حدد الوقت الذي يتم فيه تحديد العنصر الأجنبي وهو وقت إبرام العقد على عكس المشرع الجزائري الذي لم يحدده وهذا ماجعله -على حد تعبير البعض- يبدو أكثر ليبرالية من القانون السويسري[47].

---

46 -أنظر -MAYER(P.), Op. Cit. , p86 , n° 47; TERKI (N .), Op. Cit , p23 et S.

47 – عليوش قربوع (كمال)،المرجع السابق، ص 32.

ونخلص إلى أن الأخذ بالمعيار القانوني لتحديد دولية التحكيم مـن عـدمها غير كاف، وعليه فإن تحليل الفقه للأحكام القضائية السابقة الذكر ترى من خـلال قضية " هيشت " وقضايا أخرى أنها أخذت بالمعيارين معا (الاقتصادي والقانوني).

وما يمكن قوله أن مدى الأخذ بأحد المعايير كان مختلف بحسب الظروف، حيث أولا أُخذ بالمعيار الاقتصادي للقول بدولية العقد إثر الظروف التـي كانـت سائدة في فترة معينة، وبتغير الظروف و الأوضاع لوحظ قصور هـذا المعيـار وبالتالي كان من اللازم إيجاد معيار آخر يكون أكثر رحابة. وفي الأخير كان من الأنسب الأخذ بالمعيارين بحيث يكمل كل منهما الآخر.

المرحلة الثالثة: الأخذ بالمعيارين الإقتصادي والقانوني لتحديد تجاريـة ودوليـة اتفاق التحكيم.

إن القضاء الفرنسي في الوقت الحاضر يكتفي في تسبيب أحكامه سواء في إعطاء صفة الدولية للعقد أو بتطبيق القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري علىالنزاع بالقول أن النزاع تتوفر

فيه خصائص العقد الدولي، دون الإشارة إلى الأخذ بأحد المعيارين، وهو مايـدل على أنه يأخذ بهما معا. وقد أصبح رأي القضاء الأخير من مسألة تعريف دوليـة العقد وبالتالي التحكيم هو نفسه رأي القضاء التحكيمي من خلال قرارات التحكيم، ونذكر على سبيل المثال ما قضت به هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في 1977/01/19 في قضية TEXACO CALASIATIQUEضد الحكومة الليبيـة[48]، إذ رأى المحكم الوحيد في القضية، أن العقد المتنازع عليه هو عقد دولي، سواء بـالمعنى الإقتصادي لأنه يثير مصالح التجارة الدولية، أو بالمعنى القانوني لأنـه يتضـمن عناصر إسناد لدول مختلفة.

وللحد من إشكالات هذه المسألة وصل الأستاذ زروتي الطيب في رسالته إلى إعطاء تعريف موسع للعقد الدولي، فعرفه بأنه " العقد الذي يـرتبط بأنظمـة قانونية مختلفة لتعلقه بمصالح التجارة الدولية " [49]، مما يعني أن الإتجاه الحديث[50]

48- - Sentence rendue le 19/01/1977 , Clunet 1977, p 350.

49 - زروتي(الطيب)، الرسالة السابقة، ص 41.

50 -تراري الثاني (مصطفى)، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 93/09"، مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية ، دار القبة للنشر والتوزيع، 2003، عدد09، ص 36-37.

يتجه إلى ضرورة الأخذ بالمعيار القانوني والإقتصادي معا. ولقد أيد المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم 93/09 هذا الإتجاه، حيث نص في المادة 458 مكرر: يعتبر دوليا، بمفهوم هذا الفصل ، التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

و نتساءل بالنسبة للقانون الجزائري هل يجب توفر المعيارين أو يكفي أن يتوفر أحدهما للقول بدولية التحكيم؟ الإجابة ومن خلال حرفية النص استعمل المشرع حرف العطف "واو" وهو ما يفيد وجوب توفر المعيارين للقول بدولية التحكيم، وهذا غير منطقي أو على الأقل لا يتماشى وهدف ظهور المعيارين، حيث وكما سبق القول فإن ظهور المعياران كان للتوسع في مفهوم العقد الدولي وبالتالي التحكيم التجاري وليس التضييق[51].

وعليه فالمشرع الجزائري فعل عكس ما قام به القانون والقضاء الفرنسي بجمعه بين المعيار الإقتصادي والمعيار القانوني[52]، ومن نتائج هذا الحل في القانون الجزائري:

-أنه إذا كان المتعاقدان مقيمان في الإقليم الوطني، لايمكن اكتساب صفة الدولية حتى ولو توفر المعيار الإقتصادي، أي تعلقها بمصالح التجارة الدولية.

-إمكانية اكتساب صفة الدولية إذا كان كلا المتعاقدين مقيمين في خارج الحدود لإستعمال المشرع الجزائري في النص عبارة "على الأقل في الخارج". لكن المشرع الجزائري لم ينته إلى الحالة التي يكون فيها الطرفان مقيمان خارج الحدود في دولة واحدة، فالعنصر القانوني غير متوفر لعدم وجود اختلاف في مقر أو موطن الأطراف[53].

---

51 - بكلي(نور الدين)، المرجع السابق ، ص 86.

* لاحظ الفرق بين صياغة هذه المادة وتعريف الأستاذ الطيب زروتي السابق الاشارة اليه، فرغم أن المصطلحات نفسها إلا أن المعنى مختلف.

52 -أنظر -TARARI-TANI(M.), Op. Cit , p24, n°40.

53 -شريف(هنية)، المذكرة السابقة، ص 35.

وعليه فإن موقف المشرع الجزائري يمكن أن يكون محل خلاف، رغم أن القانونين المستوحى منهما قانون التحكيم التجاري الدولي الجزائري، أي الفرنسي والسويسري قد أخذا بالمعيار الإقتصادي أو القانوني دون الجمع بينهما[54].

وأخيرا، وإن كانت هذه المسألة محل جدل في الفترات الأولى لظهور التحكيم على المسرح الدولي، فقد أصبح اليوم الإستناد إليها لمحاولة التخلص من أي قيد قد يعيق نظام التحكيم من أداء مهمته، وحتى القول بأن صفته الدولية هذه تعطي له الحق في أن يفصل عن العقد الذي يتضمنه، بل ظهر إتجاه ذهب إلى أبعد من ذلك بأن جعل اتفاق التحكيم لا يخضع في تقدير صحته إلى أي قانون داخلي. وهو ماسنتعرض إليه من خلال موضوع هذه المذكرة.

54 –أنظر -TERKI (N.), Op Cit, p24, n° 40.

الفصل الأول

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي وصوره

يرجع سبب تبني مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي لإنقاذ العملية التحكيمية من المناورات الكيدية التي قد يعمد إليها أحد أطراف العقد الأصلي للإيقاع بها، وذلك على النحو الذي يساعد اتفاق التحكيم على إنتاج آثاره[1]. وهناك صورتين لهذا المبدأ الصورة الأولى وهي استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (المبحث الأول)، والصورة الثانية وهي استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني أو ما يطلق عليه مبدأ صحة اتفاق التحكيم (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

سنتطرق إلى مضمون هذا المبدأ في(مطلب أول)، ثم مدى تكريسه سواء في التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الدولية أو لوائح التحكيم وقرارات التحكيم في (مطلب ثان)، وأخيرا سنتطرق إلى نتائج تطبيق هذا المبدأ على اتفاق التحكيم التجاري الدولي وهذا في (مطلب ثالث).

المطلب الأول

مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

استعمل هذا المصطلح لأول مرة بهذا المعنى من طرف القضاء الفرنسي، وهو مبدأ أخذ الفقه الإنجليزي وقتا طويلا للإعتراف به حيث يطلقون عليه PRINCIPE OF SEPARBILITY وهذا لتفادي الخلط مع المعنى الثاني[2]، وحتى الفقه الفرنسي يرى أنه ولتفادي الخلط بين المفهومين يجب استعمال مصطلح INDEPENDANCE [3] SEPARABILITE ou DETACHEMENT ou[4] غير أنه غالبا ما يستعمل لهذا المعنى مصطلح الإستقلالية عن العقد الأصلي عبارةPRINCIPE D'AUTONOMIE[5]

---

1 -تراري تاني(مصطفى)، "استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر".مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية ، دار القبة للنشر و و التوزيع 2003، عدد9 ص 10.

2 - بشأن الصورة الثانية لمبدأ الإستقلالية أنظر المبحث الثاني من الفصل الأول من هذه المذكرة.

3-أنظر ROBERT (J.),"Arbitrage civil et commercial -droit interne et droit international privé", Dalloz, éd. 6, 1994.

4-أنظر -MAYER (P.) , Op. Cit., p 86.

وسنتعرض في هذا المطلب إلى تعريف وطبيعة المبدأ (فرع أول)، ثـم نتعـرض لمصدره(في فرع ثان ثاني)، ثم لمبررات وأسس الأخذ به(في فرع ثالث).

الفرع الأول
تعريف وطبيعة المبدأ

كما سبق الذكر فإن هذا المبدأ أول ما ظهر كان فـي الإجتهـاد القضـائي الفرنسي، حيث كرسته محكمة النقض الفرنسية في مـاي 1963، فـي القضـية المعروفة "غوسي" "GOSSET"[6]،

و رغم أن هذا المبدأ كُرِس في النصوص القانونية كما سنرى لاحقـا، إلا أننـا لا نجد تعريفا له من خلالها – وهي مسألة تركت للفقه.

أولا: تعريف المبدأ في الفقه العربي[7].

عُرِّفَت استقلالية اتفاق التحكيم أن ننظر إلى اتفاق التحكيم الوارد في عقـد على أنه عقد قائم بذاته، رغم أنه ليس إلا جزء من هذا العقد أو أحد بنوده.[8]

5-أنظر -GAILLARD(E.),"Arbitrage commercial international", J. Cla. P.C. , Fasc. . 1054, p 4 ,n° 05

6- - Cass. Civ. 07 mai1963 , Rev. Crit. D.I.P., p 615; note MOTULSKY (H.).

7 – لم يلق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي العناية الكافية من جانب الفقه المصري، كما أن الآراء اختلفت بشـأنه، على سبيل المثال نجد أبو الوفا(أحمد)، وعند معالجته للموضوع، لم يتعرض إلا بطريق ضمني غير مباشر وذلك عندما تناول جانبا واحدا فقط في صدد مناقشة أثر اتفاق التحكيم في شأن تنفيذ عقد على الطلبات الخاصة بفسخه أو بطلانه، راجـع مؤلفـه" التحكـيم الاختياري والاجباري"، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف الإسكندرية 1987، ص 21و22؛ وأنظر في تحليل هـذا الـرأي مؤلـف راشد(سامية)، " التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة"،المرجع السابق، ص 11؛ أيضا نجد أن شفيق (محسن) قد ذكر تحت عنـوان "استقلالية شرط التحكيم": "وفقا للرأي الراجح فقها فإن شرط التحكيم لا يستقل عن العقد الذي تضمنه، ونتيجة لذلك فإنه إذا تم الإدعاء أمام هيئة التحكيم ببطلان العقد، فإن هيئة التحكيم عندئذ أن توقف الإجراءات أمامها إلى حين صدور حكم قضائي يفصـل في مسألة بطلان العقد من المحاكم القضائية المختصة. ثم استطرد القول إلى " ضرورة أن تقوم هيئة التحكيم بوقف الإجراءات إلى أن تفصل المحكمة في المسائل المطروحة"، وقد ورد ذلك في مؤلف سامية راشد،" التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة"، وربما كان هـذا الرأي يتناسب مع موقف المشرع المصري في آونة معينة، لكن وبصدور القانون الجديد للتحكيم المصري 94/27، فقد أقر المشـرع هذا المبدأ، و نشير إلىأن الأستاذ شفيق محسن كان في لجنة مناقشة مشروع هذا القانون،

أما الأستاذ فتحي والي ذهب إلى عكس ما ذهب إليه الفقه من قبل حيث أنه رجح مبدأ استقلالية شرط التحكيم" الوسيط في القضاء المدني، 1980، ص 927. أنظر مؤلف عبد الفتاح ترك (محمد)، " التحكيم البحري"، دارالجامعة الجديـدة للنشـر ، 2003. في هامش ص 435.

8 – أحمد ابراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص 89. إلا أن المؤلف ليس من مؤيدي هذا المبدأ حيث يذكر في نفس الصفحة " يبدو استقلال شرط التحكيم أمرا غير منطقي، كما يتعارض مع المبادئ العامة التي تقضي بأن " الجزء يتبع الكل" وأن ما بني على باطل فهو باطل".

وفي تعريف آخر، المقصود بالإستقلالية إذا كان العقد الأصلي باطلا أو فُسخ، فهذا لا يؤثر في اتفاق التحكيم نفسه، فاتفاق التحكيم وإن كان يرد في العقد الأصلي إلا أن له ذاتية متميزة ومستقلة[9].

وفي تعريف آخر:" لا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي المبرم بين الأطراف إلى التأثير على اتفاق التحكيم، وطالما أن اتفاق التحكيم قد استكمل شروط صحته فإنه يكون صحيحا قانونا وينتج كافة آثاره[10].

وفي تعريف آخر: "تعني استقلالية اتفاق التحكيم أن يكون اتفاق التحكيم محكم من كل طارئ على العقد الأصلي، والذي يمس بصحته" [11].

وفي تعريف آخر :" شرط التحكيم مستقل قانونا عن العقد الأصلي، مصدر الرابطة القانونية، فهو تصرف قانوني مستقل، وقائم بذاته، وإن تضمنه العقد الأصلي. ومن ثمة فقد يتصور صحة شرط التحكيم، رغم بطلان العقد الأصلي، والذي تضمن هذا الشرط. إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضا شرط التحكيم" [12].

وفي تعريف آخر :" المقصود بإستقلالية اتفاق التحكيم هو أن لا يتأثر ذلك الاتفاق سواء كان في صورة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم، بصحة العقد المتعلق به، وهذا ما يترتب إستمرار اتفاق التحكيم رغم البطلان المحتمل للعقد الأصلي. والعكس أيضا صحيح أي أن بطلان اتفاق التحكيم لا يرتب بطلان العقد الأصلي" [13].

ثانيا: تعريف المبدأ في الفقه الغربي.

9 -عبد الفتاح ترك (محمد)، المرجع السابق، ص 442.

10 - عمر التحيوي(محمود السيد)، "أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، وفقا لقانون التحكيم المصري رقم 94/27" دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص 70.

11 -أنظر -EL AHDAB(A.), " La loi libanaise sur l'arbitrage ", Edition juridiques, SADER, 1996, p37.

12 -عمر التحيوي(محمود السيد)،" العنصر الشخصي لمحل التحكيم"، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 63.

13 -قادري (عبد العزيز)، "الإستثمارات الدولية -التحكيم التجاري الدولي ضمان الإستثمارات"، دار هومة، 2004، ص 268.

يعني مبدأ الإستقلالية أن اتفاق التحكيم يكون من الممكن فصله عن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف ومن ثمة يكون متمتعا بالإستقلالية[14].

وفي تعريف آخر:" إن استقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى عدم التضـــامن بين ذلك الاتفاق والعقد الذي يتضمنه ماديا"[15].

وفي تعريف آخر:" تعني إستقلالية اتفاق التحكيم أن اتفاق التحكـــيم يعتبـــر منفصلا عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، بحيث أن وجوده وصحته لايتـــأثر فـــي حالة مإذا شاب العقد الأصلي عيب يجعله باطلا"[16].

ونود أن نشير إلى تعريف المبدأ من زاوية أخرى، وهو للأســـتاذ "MAYER" حيث يرى أن: "الاستقلال الموضوعي يتطرق إلى العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي الذي يحتويه. بمعنى أنه لا يتأثر بإحتمال عدم صحة هذا الأخير – العقد الأصلي– بمعنى آخر الاستقلالية بهذا المعنى هي تحصين لاتفاق التحكـــيم فـــي مواجهة أسباب إحتمال عدم صحة العقد الأصلي.

فالفقيه عرف الإستقلالية من حيث الهدف الذي تهدف إليه، وهو تحصـــين اتفـــاق التحكيم من أسباب بطلان العقد الأصلي. وبالتالي استقلالية اتفاق التحكـــيم بغـــض النظر عن كونها تثور في حالة ادعاء الأطراف ببطلان العقد الأصلي أو فســـخه، ومن ثمة نزع اختصاص المحكم في الفصل في النزاع، فجاء هذا المبدأ ليتصـــدى أمام أي تذرع ببطلان العقد الأصلي للتهرب من الخضوع للتحكيم واللجـــوء إلـــى القضاء العادي[17].

14-أنظر - ROBERT (J.), Op Cit , p 363.

15- أنظـــر - JAQUET (J. M) , " Principe d'autonomie et contrat internationaux", Paris ECONOMIC,1983, p. 43.

16 - REDFERU (A.) et HUNTER (M.): "La notion d'autonomie de la clause d'arbitrage est à la fois qu'une clause d'arbitrage est considérée comme détachée du contrat dont elle fait partie, de sorte que son existence n'est pas affectée lorsque le contrat pour une raison ou une autre se trouve caduc".
" Droit et pratique de l'arbitrage commercial international" traduit de l'anglais par Eric ROBINE , 2 ed, L.G.D.J

17 -MAYER (P.)," L'autonomie substantièlle ou matérielle envisage la convention d'arbitrage par rapport au contrat qui la contient. Elle consiste à tenir pour autonome la convention d'arbitrage par rapport au contrat dans la quelle elle est stipulée de sorte qu'elle n'est affectée par l'invalidité de ce dernier .En d'autre terme , l'autonomie substentièlle consiste à immuniser la convention d'arbitrage à l'égard des causes d'invalidité susceptible d'affecter le contrat contenant la dite convention", Op. Cit. , p79, n° 125.

أما في أمريكا، ومن خلال قضية بريما بانتPrima Paint [18]، عرف بأن اتفاق التحكيم الخاضع للقانون الفيدرالي، منفصل عن العقد الأصلي الوارد فيه حيث جاء فيها:

" La clause d'arbitrage, qui relève du doit fédéral, est détachable de contrat dans la quelle elle figure et l'on se réfère à cette notion en parlant de détachement".

نود من خلال هذه التعريفات أن نورد بعض الملاحظات:

توضح هذه التعريفات عدم وجود علاقة تربط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي الذي يتضمنه في حالة ما إذا أصاب العقد الأصلي عيب يؤدي إلى زواله.

وهناك تعريفات راحت إلى ذكر بعض الحالات التي تثور هذه الإستقلالية مثل بطلان أو فسخ العقد الأصلي حيث لا يؤثر ذلك على اتفاق التحكيم، فيبقى قائما ومنتجا لكافة آثاره[19] مادام كان صحيحا ولا يشوبه أي عيب.

وقد أجمعت تعليقات الفقهاء على أن قرار GOSSET أقر مسائل كانت محل تردد، حيث أنه أبرز لأول مرة أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي تتضمن عبارة "اتفاق التحكيم" مفهوما موحدا يعامل على قدم المساواة شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي ومشارطة التحكيم التي تبرم إستقلالا، بحيث يتمتع الإثنان بذات القدر من الإستقلالية. على عكس ما ذهب البعض إليه في أن هذه الإستقلالية تخص فقط شرط التحكيم بإعتباره يرد في العقد الأصلي، وأن مشارطة التحكيم غير معنية بهذه الاستقلالية لأنها أصلا مستقلة من الناحية المادية عن العقد الأصلي، وهذا الرأي يردد إلى يومنا هذا من قبل بعض المؤلفين، لكن الواقع أن إستقلالية اتفاق التحكيم تخص شرط التحكيم ومشارطته[20]، لأن المقصود من الإستقلالية ليس الإستقلالية المادية وإنما الموضوعية.

فكون مشارطة التحكيم لا تظهر في العقد الأصلي ولا تبرم إلا في حالة حدوث نزاع لا يغير من موضوعها فهي تبقي مجرد اتفاق بين الأطراف بحل نزاع ناشئ عن العقد الأصلي باللجوء إلى التحكيم، فربما أن قلة إبرام مشارطة التحكيم في الحياة العملية أدى إلى إخراجها من نطاق إعمال هذا المبدأ حيث أنه

---

18 - Prima Paint V. Flood & Coclin, 388 U.S. 395, 1967. Rev.Crit.D.I.P.1968; note MAZGER (N.) , p. 25.

19 - لاتفاق التحكيم أثرين هامين: الأول سلبي ،يتمثل في عدم امكانية اللجوء إلى القضاء العادي لحل التراع، والثاني ايجابي يتمثل في الزامية اخضاع التراع على التحكيم.

20 -أنظر حول التمييز بين شرط التحكيم ومشارطته أحمد بريري (مختار)،" التحكيم التجاري في المواد المواد المدنية والتجارية- دراسةخاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة1995، ص36.

غالبا ما يتم إدراج اتفاق التحكيم في العقود الأصلية لأن في هـذه الفتـرة تكـون العلاقات أكثر استقرارا من المرحلة التي تلي إبرام العقد وحدوث النزاع، فغالبا ما تتسم العلاقة بين الأطراف في هذه الفترة بالتوتر، وبالتالي لا يمكن حتى الاتفـاق على إبرام مشارطة التحكيم.

أو ربما أن قلة احتمالات تطبيق مبدأ الإستقلالية في حالة إبـرام مشـارطة تحكيم أدى إلى القول بعدم إعماله عليها، حيث وبـالنظر إلـى وقـت إبرامهـا، فالمفروض أن ذلك يتطلب إرادة جديدة مستقلة عن إرادة العقد الأصلي، كمـا لـو كان عقد دولي بين شخصين طويل الأمد، وكان وقت ابرام العقد الأصـلي أحـد الأطراف عديم الأهلية سواء كان سنه تحت سن التمييز أو بـأن يكـون مصـابا بمرض أفقده صوابه بأن أبرم وصيه تصرفا بإسمه، أو أن مرضه هذا لم يكن بينا للعيان، وبمرور الأعوام حدث نزاع، واتفقا الأطراف بإبرام مشارطة تحكيم لحـل النزاع القائم، فلا يمكن الحكم هنا بأن مشارطة التحكيم باطلة لأن الطـرف الـذي كان منعدم الأهلية كان وقت إبرام العقد الأصلي منعدم الأهلية، وهذا مـا يمكـن تصوره في حالة إبرام شرط تحكيم.

على كل لا يمكن أن نجمع كل الحالات التي يمكـن أن نوضـح بهـا أن مشارطة التحكيم يطبق عليها مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، لأنه لا يمكن تصور كل الحالات التي يمكن أن تثار، حيث أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكـيم عـن العقـد الأصلي بحد ذاته أثير في عدة مناسبات و كان في كل مرة حسب ظروف القضية، لا سيما أن مصدره قضائي-كما سبق الذكر- ورغـم أنـه تقـرر مـن طـرف المشرعين الدوليين والوطنيين-كما سنرى لاحقا- إلا أنه لا يمنع الإستناد إليه فـي قضايا وظروف جديدة.

لكن ما هو حاصل عمليا، أن الطعن ببطلان العقد الأصلي يكون غالبا بعـد صدور قرار التحكيم وليس قبل ذلك، وبالتالي فيمكن أن نتصور أن تبرم مشارطة تحكيم بعد حدوث نزاع حول عقد أصلي، وبعد صدور قرار التحكيم ومعارضـته لمصالح أحد الأطراف يلجأ هذا الأخير إلى الطعن في صحة مشارطة التحكيم لأن العقد الأصلي غير صحيح وكذلك يمكن أن نتصور نفس الشيئ بالنسبة للحـالات الأخرى، من فسخ، إنتهاء العقد الأصلي. ويجب أن نضع بعين الإعتبار أن مبـدأ الإستقلالية لم يكن ليظهر لولا ظهور ظروف معينة، وهي مطالبة الأطراف بعـد

الاتفاق على التحكيم بعدم اختصاص المحكم بالفصل في النزاع لسبب أن العقد الأصلي غير صحيح.

وأخيرا، إن إعمال هذا المبدأ كان يخص حالات معينة فإذا كان الغالب هو اعماله بصدد شرط تحكيم، فلا يوجد ما يمنع إعماله على مشارطة التحكيم، وهذا لسبب بسيط أن لا فائدة من التفرقة بين شرط التحكيم، أو مشارطة التحكيم وأن هذه التفرقة كانت لأسباب متعلقة بالقانون الفرنسي فحسب[21].

وعليه نقول أن مبدأ الإستقلالية يطبق سواء بالنسبة لشرط التحكيم أو بالنسبة لمشارطته، ومن الأفضل أن نأخذ بمصطلح "اتفاق التحكيم" لتفادي هذه الإشكالات، كما ذهبت الى ذلك النصوص القانونية الحديثة.

وأخيرا قد يثور التساءل عن أثر بطلان اتفاق التحكيم على العقد الأصلي، وقد يفسر عدم تعرض معظم الفقه وكذلك النصوص القانونية -كما سنراه لاحقا- لهذه الحالة، على خلاف تعرضه لحالة بطلان العقد الأصلي وعدم تأثيره على اتفاق التحكيم، بما يعني إمكان تأثر العقد ببطلان اتفاق التحكيم الذي إشتمل عليه هذا العقد[22].

إلا أنه يمكن أن نفهم ضمنيا أن التصريح باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يرتب أيضا عدم تأثر العقد الأصلي بأي عيب يلحق اتفاق التحكيم، فيبقى العقد الأصلي قائما ببطلان اتفاق التحكيم، طالما لم يلحقه عيب[23]. ونشير إلى أن القانون الفرنسي قد أشار بصراحة إلى هذه الحالة(بطلان اتفاق التحكيم دون العقد الأصلي وهذا في المادة 1446 من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي[24].

الفرع الثاني

مصدر مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

ذهب أغلب رجال القانون في مؤلفاتهم إلى القول بأن أول تكريس صريح لهذا المبدأ كان من خلال القضاء الفرنسي[25]، في الحكم الشهير غوسي GOSSET[26]-

---

21 – أنظر في أسباب هذه التفرقة في القانون الفرنسي في مقدمة المذكرة ص2.

22 – أحمدإبراهيم (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 95.

23 – أحمد إبراهيم (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 95.

24 –حيث تنص : "Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite".

25 –أنظر -JARROSSON(CH.), "Arbitrage commercial- " J.Cla. D I. Mars 1998. Fasc.203.

26 – رغم أن هناك قرارات أخرى صادرة قبل هذا القرار أخذت بهذا المبدأ لكن ليس بالصراحة التي جاء بها قرار GOSSET مثل القرارين المتعاقبين الصادرين في 1930/*02/19و1931/01/28 حيث أكدت المحكمة في عبارات ذات مغزى

بعد أن كانت هذه المسألة محل تردد في القضاء الفرنسي، يـوم كانـت الصـبغة التعاقدية هي الغالبة على طبيعة التحكيم، وحيث كانت عيوب العقد الأصلي الذي ينشأ النزاع بسببه تمتد لتشمل اتفاق التحكيم، وتربط مصيره بمصير هذه العلاقـة التعاقدية) . وتتلخص أحداث قضية غوسي في أنه أثير نزاع حـول تنفيـذ حكـم تحكيم صدر في إيطاليا بناء على شرط تحكيم وارد في عقد بين مستورد فرنسي و مصدر إيطالي حيث قضى الحكم بالتعويض للمصدر الإيطالي، لخطـأ المسـتورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث أنه لم يحصل على التصريح الخـاص بالإستيراد في الوقت المناسب، وهذا الحكم واجب التنفيذ في فرنسا وقـد تمسـك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ قرار التحكيم و ذلك على أساس أن العقد الذي تضمن شرط التحكيم باطل بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام الفرنسـي، نظـرا لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالتصدير والإستيراد. وتأسيسا على بطـلان العقد الأصلي، فإن الأمر يستتبع تقرير بطلان شرط التحكيم وإهدار قرار التحكـيم الذي صدر بناءا عليه[27].

إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت هذا الدفع وقضت بما يلي: "فـي إطـار التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم ادراجه به فإنه يتمتع دائما –إلا فـي ظروف استثنائية[28]– بإستقلال قانوني كامل، يُستبعد معه أن يتأثر اتفـاق التحكـيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف"[29].

وهذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية سـارت عليـه أيضـا محـاكم الإستئناف الفرنسية في العديد من أحكامها نذكر من أهمها:

بعيـد علـى أنـه: "Attendu que dès l'instant que ces conventions mettent ainsi en jeu des interêts du commerce international , la nullité de la clause compromissoire édictée par l'article 1006 du C.P.C n'étant pas d'ordre public en France , les parties mêmes françaises l'une et l'autre , ont pu valablement dans un contrat conclu , soit à l'étranger, soit en france déroger aux dispositions de ce texte et se référer, pour leur accords à une loi "trangère,telle que la loi anglaise , admettant la validité d'une parièlle clause"arrêts DAMBRICOURT et MARDELE,

27 –وقائع هذه القضية وردت في العديد من المؤلفات:السيد الحداد (حفيظة)، المرجع السابق، ص 22، عليوش قربـوع (كمـال)، المرجع السابق.

والحكم منشور في Rev.Arb. 1963, p60.

–

-Rev.Cri.D.I.P., 1963, p615; note MOTOLUSKY(H.).

28 –أنظر حول هذهالظروف الأستثنائية، الصفحة 40 من هذه المذكرة.

29 – حيث جاء باللغة الفرنسية: "En matière d'arbitrage international , l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus danc l'acte juridique au quel il a trait,présente toujours , sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique ,excluant qu'il puisse être effecté par une éventuelle invalidité de cet acte"

قضية أمبيكس IMPEX [30]، التي ذهبت فيها محكمة النقض الفرنسية إلى تأييد قاضي الموضوع فيما ذهب إليه من إعتبار اتفاق التحكيم اتفاقا مستقلا من الناحية القانونية، وفقا للقانون الدولي الخاص الفرنسي، بالعقد الوارد على تصدير الحبوب إلى إيطاليا، والذي صور على أنها عملية بيع إلى البرتغال وسويسرا ومنها إلى ايطاليا للإستفادة من القواعد والمزايا المقررة في داخل السوق الأوربية المشتركة بهدف التصدير لدول أخرى خارج السوق، فرفضت السلطات الجمركية الفرنسية تراخيص التصدير بسبب الغش. وعندما أثيرت مسألة بطلان العقود نظرا لعدم مشروعية السبب، ومدى تأثر شرط التحكيم بهذا البطلان، انتهى القضاء الفرنسي إلى أن بطلان العقود الأصلية بسبب عدم مشروعية سببها لتوافر الغش لا يؤثر على صحة شرط التحكيم نزولا عند مبدأ الإستقلالية التي يتمتع بها هذا الشرط بالنسبة للعقد الأصلي[31].

وفي قضية أخرى هي قضية هيشت HECHET[32]، وتتعلق هذه القضية بوكيل تجاري فرنسي وشركة هولندية التي منحت له ترخيصا بإمتياز Mandat Exelusif للبيع في فرنسا منتوجا قامت بإنتاجه، وقد اشترط العقد صراحة تطبيق المرسوم الفرنسي الصادر في 1958/12/23 الذي ينظم مهنة الوكيل التجاري، كما ينص من جهة أخرى على شرط تحكيمي يحيل بموجبه لغرفة التجارة الدولية لحل النزاع الذي يمكن أن يثور، وفي هذه الحالة القانون الداخلي الفرنسي لا يسمح بالنص على شرط التحكيم في العقد إلا إذا كان الطرفان تاجران، وهذا ما لا ينطبق على صفة الوكيل التجاري، وقررت محكمة النقض بتاريخ 1972/07/04 وبعبارة تكاد تتطابق مع عبارتها في حكم غوسي، تأييدها لمحكمة، استئناف باريس فيما ذهبت إليه من أن شرط التحكيم مستقل استقلالا قانونيا كاملا عن العقد الذي أدرج فيه، حيث جاء في صياغة الحكم باللغة الفرنسية:

"En matière d'arbitrage international , l'accord compromissoire présente une complète autonomie."

---

30 - Cass.Civ. 18 Mai 1971 Rev.Crit.D.I.P.,1972, p124; . Note MAZGER(N.)

31 - السيد الحداد (حفيظة) ،" الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته وآثاره و النظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثر قانون التحكيم المصري الجديد بها"، دار الفكرالجامعي 1996، ص 23و24.

32 - Cass. Civ. , 14 juillet 1972, Clunet 1972, p843; note Oppetit (B.).

وفي قضية منيكوكسي MENICUCCI[33]، أبرم العقد الأصلي بين شركة هولندية وشخص فرنسي لا يعد تاجرا، ولما كان القانون الفرنسي يحظر أن يتضمن العقد في هذه الحالة شرط التحكيم، فإن الطرف الفرنسي متجاهلا شرط التحكيم الوارد في العقد قام باللجوء إلى القضاء العادي الفرنسي.

ولقد قررت محكمة استئناف باريس صحة اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، بالنظر إلى أن استقلاليته تحول دون إمكانية تاثره بأسباب البطلان أو عدم المشروعية الواردة في أي قانون وطني[34].

وأخيرا لقد أبرزت هذه القضايا بشكل واضح تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، ودرج بعدها على تطبيقه في الكثير من القضايا المشابهة.

الفرع الثالث

نطاق إعمال مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

إن التعريفات التي سبق ذكرها تظهر أنه لا يوجد أي إشكال، لكن في الحقيقة كل التعريفات السابقة واذا حاولنا تطبيقها عمليا فستعترضنا عدة اشكالات، فما هي حالات إعمال هذا المبدأ ؟

أولا: حالات البطلان.

1- البطلان المطلق.

إن معظم التشريعات تتفق حول أن البطلان إما مطلق أو نسبي، وحالات البطلان المطلق هي انعدام الإرادة بأن تكون مثلا من شخص عديم الأهلية، أو إذا كان محله مخالفا للنظام والأداب العامين أو عدم مشروعية سببه[35]. وإذا كان البطلان مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، بل وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وذلك اعمالا لما تقضي به المادة 102 من التقنين المدني الجزائري[36].

---

33 - Cass. Civ. , 13 DECEMBRE 1975, Clunet 1977, P 106; note LOQUIN(E.).

34 - السيد الحداد (حفيظة) " اتجاهات معاصرة......"، المرجع السابق، ص 24.

35 -أنظر حبار (محمد)، " نظرية بطلان التصرف في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي "رسالة دكتوراه الجزائر، 1986ص86 ومابعدها؛ جعفور (محمد السعيد)، "نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي"، دار هومة، 1997،ص 61.

36 - جعفور (محمد السعيد)، المرجع السابق، ص 43.

فلو توفرت في عقد دولي(العقد الأصلي) إحدى هذه المسائل يمكن المطالبة ببطلانه، و تقرير إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في الحالة التي بدأ الأطراف بتنفيذ التزاماتهم وكان هذا العقد يتضمن شرط تحكيم. أو قبل أن يثار موضوع البطلان هذا كان الأطراف قد أبرما بموجب مشارطة أن يحلا نزاعهما بواسطة التحكيم، ثم وبمجرد صدور قرار التحكيم النهائي أو قبل ذلك إدعى أحد الأطراف أن اتفاق التحكيم باطل لأن العقد الأصلي باطل، فأمام أي جهة يمكن المطالبة بتقرير هذا البطلان هل أمام القضاء العادي لأن القول ببطلان العقد الأصلي وبالتالي اتفاق التحكيم يؤدي إلى نزع الإختصاص بالفصل في النزاع من المحكم لأن اتفاق التحكيم هو مصدر سلطته، فكيف نبرر سلطته إذا كان هذا المصدر غير موجود؟

للإجابة على هذا التساؤل و الذي لاحظنا أن هناك نوع من التخوف في توضيحه، نقول أنه إذا كان العقد الأصلي باطل لإنعدام الرضا مثلا، فكيف يمكن أن نتصور أن هذا الإنعدام لا يمس شرط التحكيم بإعتباره وارد في نفس العقد أي أن وقت إبرام العقد الأصلي كان أحد الأطراف عديم الأهلية. وإذا قلنا بصحة اتفاق التحكيم أي خضوع النزاع إلى التحكيم فهل هذا يعني أن إنعدام الأهلية لا يمس اتفاق التحكيم.

إذا تبين أن عدم الأهلية يمس العقد الأصلي واتفاق التحكيم على حد سواء فإنه من المفروض أن يلحق البطلان بالعقدين، ولكن باعتبار أن العقدين دوليين، فيجب أولا معرفة القانون الواجب التطبيق على أهلية الأطراف للحكم بانعدامها، وهل هذا هو نفسه بالنسبة للأهلية المطلوبة في العقد الأصلي، واتفاق التحكيم؟[37] فلو ثبت أن الأهلية منعدمة في الاتفاقين، فهل هذا يعني أن اتفاق التحكيم باطل وبالتالي يمكن اللجوء إلى القضاء العادي لحل النزاع.

نقول، لوخضع النزاع منذ البداية إلى القضاء العادي فماذا كان سيكون الحل؟

نعلم أنه في حالة البطلان المطلق فإن القضاء دوره ليس منشأ وإنما كاشف لحالة البطلان، وبالتالي فعليه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، فماذا يمنع أن يطبق هذا في التحكيم، أي إعتبار المحكم مختصا بالفصل في موضوع بطلان العقد الأصلي، وربما كان ذلك أنسب بإعتبار أن العقد الأصلي يخص العلاقات التجارية الدولية وبإعتبار أن المحكم رجل قانون وربما أكثر

---

37 -أنظر الصفحة 160 من المذكرة حول مسألة القانون الواجب التطبيق على أهلية اتفاق التحكيم.

إختصاصا ومعرفة من القاضي الوطني في مجال العقود الدولية وما تتسم به من تعقيدات. فلو تأكدت صحة الإدعاء ببطلان العقد الأصلي لإنعدام الأهلية، فدور المحكم في هذه الحالة لن يختلف كثيرا عن دور القاضي الوطني، كل ما في الأمر أنه لو في كل مرة إدعى أحد الأطراف أن العقد الأصلي باطل أو غير صحيح انتزع الإختصاص من المحكم فهذا سوف يقلل من نجاعة نظام التحكيم بأكمله وهذا غير منطقي، نظرا للتطور الذي وصل إليه هذ النظام في عالم التجارة الدولية وارسائه لقواعد دولية، وكذلك لا يمكن أن ننسى أن لولا التحكيم لما تطورت الإستثمارات و التجارة الدولية بصفة عامة، وهذا نظرا لتخوف المتعاملين في التجارة الدولية في السابق من الخضوع للقضاء الوطني في حالة النزاع.

أما بالنسبة للمحل، نقول أن محل العقد الأصلي هو الشيء المتعاقد عليه، فمثلا إذا كان عقد استيراد بين طرفين أحدهما جزائري، والآخر فرنسي، فإن محل هذا العقد هو البضاعة المراد استيرادها، فنقول أنها مشروعة إذا كانت مما هو مسموح في التعامل به، كالأغذية الصالحة، والألبسة والآلات الصناعية و....أما إذا كانت مما لا يسمح التعامل فيه سواء بحكم طبيعته كالهواء .. أو لأن النظام العام لا يسمح به كالمخدرات، الأسلحة، الرقيق....[38]، فإن المحل هنا يعتبر غير مشروع وبالتالي العقد الدولي الأصلي في هذه الحالة يعتبر باطلا، وإذا عرض النزاع أمام المحكم فإنه سيقرر هذا البطلان وبالتالي عدم إختصاصه في الفصل في موضوع النزاع المحدد في اتفاق التحكيم، لأنه ملزم بالفصل في نزاعات التجارة الدولية دون مخالفة للنظام العام الدولي[39]، وإذا تغاضى عن هذا، يمكن أن يطعن في قرار التحكيم أمام القضاء العادي. أما محل اتفاق التحكيم فيجب أن ننظر إليه من جهتين:

الجهة الأولى: هي محل العقد الأصلي إن كان مشروعا أو غير مشروعا كما سبق ذكره، لأنه مرتبط أساسا به. ومن **جهة ثانية:** محل اتفاق التحكيم في حد ذاته وهو موضوع النزاع، أو بصيغة أخرى مدى قابلية النزاع للتحكيم. وهي مسألة شائعة في أوساط التحكيم نترك الحديث عنها إلى الفصل الثاني من هذه المذكرة.[40]

2- البطلان النسبي.

38 -أنظر الصفحة 153 من هذه المذكرة.

39 -أنظر في تعريف النظام العام الدولي ،المبحث الأول من الفصل الثاني لهذه المذكرة ص 139.

40 -فضلنا أن نترك هذه المسألة إلى الفصل الثاني لأننا بصدد ذكر أسباب بطلان العقد الأصلي بينما القول بعدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم خاص باتفاق التحكيم.

يتحقق البطلان النسبي إذا كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية أو كانت إرادته معيبة بأحد عيوب الإرادة [41] وهي الغلط، الإكراه، التدليس، الغبن والاستغلال. ويترتب على توفر حالة من حالات البطلان النسبي إعطاء الحق للطرف الذي شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة السابقة الذكر، في طلب إبطال العقد[42]. فما مدى إعمال مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إذا توفرت أحد هذه العيوب؟

ونشير إلى أن من المستقر عليه أن عيوب التراضي، تخضع لقانون العقد، كما يخضع لنفس القانون السبب غير المشروع وجزاء عدم المشروعية[43].

بالنسبة للغلط[44] كعيب من عيوب الرضى، وهو ذلك الإعتقاد المخالف للواقع يوقع في ذهن الإنسان، فيدفعه للتعاقد ويشترط أن يكون جوهريا، أي أن يكون هو الدافع للتعاقد[45]. ومن صور الغلط، الغلط في صفة جوهرية للشيء والغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، كما يضيف الفقه الغلط في القيمة والباعث.

ففيما يتعلق بالغلط الواقع على صفة جوهرية للشيء أو الغلط في قيمة الشيء أو الغلط في الباعث فإن هذا النوع من الغلط يتعلق بالعقد الأصلي ولا يمتد لشرط التحكيم لأن شرط التحكيم يختلف محله عن محل العقد الأصلي، على نحو لا يتصور معه وقوع المتعاقد في مثل أنواع الغلط السابقة، فمحل شرط التحكيم هو إخراج ولاية الفصل في النزاع من القاضي العادي إلى المحكم أو المحكمين، وهذا المحل هو محل إجرائي لا يمتد إليه الغلط في القيمة أو الغلط في الشيء أو الباعث[46].

أما الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته بحيث أن المتعاقد الواقع في الغلط لم يكن ليقوم على التعاقد لو علم بحقيقة شخصية من تعاقد معه قبل

---

41 - جعفور (محمد السعيد)، المرجع السابق، ص 61.

42 - جعفور (محمد السعيد)، المرجع السابق، ص 44.

43 -أنظر -FOUCHARD(PH.)," Arbitrage commercial inernational", J.Cl. D.I., .Fasc 585-2, p6, n° 3.;FRANCISKAKIS, Répertoire du D.I.P. t1, n° 117.

44 -المواد 81 إلى 85 من التقنين المدني الجزائري.

45 -أنظر قدادة (خليل أحمد)، "الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري" ،الجزء الأول -مصادر الإلتزام- ديوان المطبوعات الجامعية1994 ، ص49؛ العربي(بلحاج)، "النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري" الجزء الأول-التصرف القانوني- ديوان المطبوعات الجامعية 1999، ص 103.

46 -ميلود (سلامي)،" عقد التحكيم في القانون الداخلي الجزائري" مذكرة ماجستير بجامعة الجزائر، سنة 2003.ص70؛ أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 101.

العقد[47]. وهذا النوع من الغلط إذا وقع على العقد الأصلي فإنه يمتد بالضرورة إلى شرط التحكيم المدرج به لأن المتعاقد الذي وقع الغلط في ذاته أو في صفة من صفاته هو نفسه المتعاقد في شرط التحكيم وفي هذه الحالة فإن إمكانية إبطال العقد الأصلي تمتد إلى شرط التحكيم على نحو ينفي مبدأ الإستقلالية بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي المدرج به[48].

أما فيما يتعلق بالإكراه كعيب من عيوب الرضى فهو يقع على شخص المتعاقد، يهدف إلى بعث الرهبة في نفسه والتأثير عليه [49]، ومنه إذا وقع الإكراه على شخص المتعاقد من أجل إبرام عقد معين فإن إبطال هذا العقد للإكراه يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم المدرج به على نحو ينفي في هذه الحالة أيضا مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم، إلا إذا كان الاتفاق على شرط التحكيم بعد أبرام العقد الأصلي وزوال حالة الإكراه[50].

أما فيما يتعلق بالتدليس[51] المعيب للرضى فهو استعمال طرق احتيالية لخديعة أحد المتعاقدين خديعة تدفعه إلى التعاقد. كما يعتبر من قبيل التدليس كتمان ماهو واجب الإفصاح عليه من معلومات وذلك بغض النظر عن نية الشخص المتعاقد[52]، وعلى هذا النحو فإن بطلان العقد الأصلي للتدليس يؤدي إلى بطلان شرط اتفاق التحكيم المدرج به، ما لم يكن هذا الأخير قد أبرم بعد إكتشاف حالة التدليس[53].

أما عيب الإستغلال والغبن[54] فلا يمكن تصورها في اتفاق التحكيم لأن هذا الأخير ينشأ إلتزامات متعادلة بين الطرفين، فكل منهما يلتزم بعدم اللجوء إلى القضاء واللجوء إلى المحكم أو المحكمين على نحو لا يتصور معه وجود إختلال في الأداءات بين إلتزامات الطرفين. بينما يمكن تصور وجود هذه العيوب-الغبن والإستغلال- في العقد الأصلي، ومنه فإن بطلان العقد الأصلي لايؤدي إلى بطلان

---

47 -أنظر قدادة (خليل أحمد)، المرجع السابق، ص52؛ العربي (بلحاج)، المرجع السابق، ص 104.

48 -ميلود (سلامي)، المذكرة السابقة، ص 71؛ أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 101.

49 -أنظر قدادة (خليل أحمد)، المرجع السابق ص59.؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 115.

50 -ميلود (سلامي) ، المذكرة السابقة، ص 71.

51 -نصت عليه المواد 86 و87 من التقنين المدني الجزائري.

52 -أنظر قدادة (خليل أحمد)، المرجع السابق ،ص59.؛ العربي (بلحاج)، المرجع السابق، ص 115.

53 -ميلود (سلامي)، المذكرة السابقة.ص 72.

54 -نصت عليه المادة 90 من التقنين المدني الجزائري.

اتفاق التحكيم وعليه فمبدأ إستقلال اتفاق التحكيم يظل قائما وصحيحا رغم إبطـال العقد الأصلي[55].

ونشير أخيرا إلى أن الأحكام الفرنسية التي صدرت في شأن عيوب الإرادة ولا سيما التدليس والغلط، لا تستند إلى أفكار خاصة بقانون معين، وعلى الأخص القانون الفرنسي، ولكنها لجأت إلى عادات وأعراف التجارة الدولية.[56]

إذا كان بطلان العقد الأصلي قد ثار بشأنه هذا الجدل، فما هو الشأن بالنسبة لحالة الإنعدام؟

الفرع الثاني

حالة إنعدام العقد الأصلي

نادى بهذه الحالة بعض الفقه المناهض للتقسيم الثلاثي للبطلان دون البعض المنافي له[57]، حيث أن هناك إجماع يؤكد وجود نوعان من البطلان وهما المطلـق والنسبي، ولا يأخذ بالانعدام، لكن بالنسبة للإتجاه الذي يأخذ بإنعدام العقد لإنعـدام أحد أركانه فإنه يمكن إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في حالة انعدام هذا الأخير[58].

وهو الرأي الذي أخذت به بعض أحكام محكمة النقض الفرنسـية، حيـث أقرت بصحة اتفاق التحكيم، حتى في حالة الإدعاء بإنعدام العقد الأصلي الذي لـم يدخل حيز التنفيذ ، إذا انصب النزاع حول ابرامه.

une clause compromissoire puisse recevoire en cas d'une inexistence alléguée d'un contrat qui n'avait
, des hors que le differend qui oppose les parties ait lié a sa conclusion."[59] entrer en vigeur

وهذا الحل أخذت به المادة 1/5 اتفاقية جنيف، حيث لم تفرق بين انعـدام وبطـلان العقد الأصلي وإبطاله. وكذلك المادة 2/21 من نظام التحكيم CNUDCI وكذلك المادة

---

55 -ميلود (سلامي)، المذكرة السابقة، ص 72.؛ حول عيب الغبن والإستغلال أنظر قدادة (خليل أحمد)، المرجع السابق، ص64.

56 -عبد المجيد (منير)، المرجع السابق،101.

57 -فرق الفقهاء بين الإنعدام والبطلان بأن الإنعدام جزاء يقتضيه العقل والمنطق والطبيعة ولا يحتاج إلى نص تشريعي، أما الـبطلان الآخر(مطلق ونسبي) هو الذي يقتضي تخلف عنصر قانوني اشترطه المشرع. أنظر محاضرات زروتي (الطيب) القيـت علـى طلبـة ماجستير جامعة بومرداس 2003، غير منشورة.

58-أنظـر MOREAU (B.)
-Op.Cit., p4, n 20.

59 -أنظر JAQET(J. M.), Op Cit , p28.
-
-Cass, Civ, 6 dec1988,Rev.Arb.1989, p641 ; note GOLDMAN(B.)
-Cass,Civ.10juill1990 Ibed1990,p 851; note MOITRY(H.J.)

4/8 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية. وقــد أقــرت هــذه النصــوص، أن اختصاص المحكم في أن يفصل في النزاع حتى في حالة انعدام العقد الأصلي.

وقد ذهب بعض الفقه في تبرير هذا الموقف بالقول أنه إذا أغلــق البـــاب أمام الأطراف في التراجع عن اللجوء إلى التحكيم بشأن بطلان العقد الأصلي، فإن عدم تطبيق مبدأ الإستقلالية عن العقد الأصلي في حالة إنعدام هذا الأخيــر يفــتح المجال أمام الأطراف في التذرع بإنعدام العقد الأصلي بدلا من بطلانه. وبالتـــالي يجب صد هذا الباب كما هو الحال بالنسبة لحالة البطلان[60].

أما بالنسبة للتيار الثاني، فإنه يقول أنه إذا أمكن فك الإرتباط بـــين اتفـــاق التحكيم والعقد الأصلي بسبب بطلان العقد الأصلي، إلا أنـــه لايمكـــن فـــك هـــذا الإرتباط في حالة عدم وجود العقد الأصلي[61].

ثالثا: حالة فسخ العقد الأصلي و إنقضائه.

نفس الشيء يقال بالنسبة لحالة الفسخ أو إنفساخ العقد الأصلي[62]، حيث يبقى المحكم مختصا في الفصل في المسألة، ويخضع في ذلك لرقابة القاضي الـــوطني المختص[63].

أما بالنسبة لحالة إنهاء العقد الأصلي وهي التي تستدعي شيئا من التوضيح، حيث كيف يمكن أن تتصور أن العقد الأصلي انتهـــى ســـواء بتنفيـــذ الأطـــراف لإلتزاماتهما أو بالاتفاق بينهم على إنهاء العقد الأصلي، وبقاء اتفاق التحكيم ساري؟ يقول الأستاذ نور الدين تركي، بالنسبة لهذه الحالة أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكـــيم له مفعول أبعد من مجرد حالات بطلان أو فسخ العقد الأصلي، حيـــث أن اتفـــاق التحكيم يبقى قائما حتى في حالة تنفيذ العقد طبقا لمقتضياته، حيث جاء في مؤلفه:

" Sa portée est en réalité beaucoup plus large puisqu'elle devloppe également toutes ses conséquences si les obligations contractuelles ont été intégralement exécutée, c'est dire que, grâce à cette autonomie la clause compromissoire va survivre même à cette exécution du contrat"[64]

---

60 -أنظر الأحدب (عبد الحميد)، "موسوعة التحكيم الدولي" الجزء الثاني دار المعارف 1998، ص155؛

FOUCHARD(PH.), GAILLARD(E.), GOLDMAN(B.)," Traité de l'arbitrage commercial international", Li. Tec Delta , 1996.p 226.

61- -SANDERS(P.A) "L'autonomie de la clause compromissoire" étude Eiseman, p31.

62 -أنظر -JARROSSON (CH.) ,Op.Cit. p7.

63 - -Sentence rendue le 12/04/1977 dans l'affaire LIAMCO ;Sentence sur la compétence rendue le 01/06/1989 sous l'égide de la C.C.I.

حيث حكمت محكمة باريس في 1964/02/21 أنه إذا كان رفض تسليم شهادات تصدير الشعير أدى إلى منع التصـــدير وعـــدم إمكان المصدر شحن البضاعة، ومن ثمة فإن شرط التحكيم يبقى صحيحا، وتكون هيئة التحكيم هي الجهة المختصة بالفصل في النزاع.

-Rev.Cri. D.I.P 1964, p 543; Note MEZGARE(N.).

ويستطرد في الهامش

"Il convient de rappeler que d'autre obligations survrient également à l'execution du contrat .C'est en particulier le cas des clauses de confidentialité ou de garantie , des défauts cachés, ou décennale qui par leur nature, s'inscrivent dans le temps".[65]

بمعنى أن اتفاق التحكيم يبقى قائما حتى في حال إنهاء العقد الأصلي بعد تنفيذه، و بصفة خاصة في حالات ضمان السرية، ضمان العيوب الخفية... والتي بطبيعتها تظهر مع مرور الوقت[66].

نود أن نشير إلى أن أهمية إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي الذي أبرم بشأنه التحكيم في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه، تظهر في أنه قد لا يكفي هذا البطلان أو الفسخ لتسوية موقف الطرفين، بل قد يكون هناك حقوق مترتبة على بطلان العقد أو فسخه أو انهائه، ويحتاج الأمر إلى رفع دعوى أمام القضاء لتصفيتها، فإذا أوجد شرط تحكيم بهذا الشأن فإنه يظل معمولا به ولا يلحقه البطلان أو الفسخ أو الإنهاء[67]، ومن خلال التحكيم يتم النظر في النزاع استنادا إلى إرادة الأطراف[68].

ونخلص أخيرا إلى أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي ظهر ليواجه ظروف وقضايا معينة ولا يمكن تحديد كل هذه الحالات، كما أن في الغالب فإن الطعن في صحة اتفاق التحكيم لعدم صحة العقد الأصلي هو في الواقع لا يتعدى أن يكون طعن في عدم اختصاص المحكم في الفصل في النزاع. و أن هذا المبدأ أصبح مدعما بمبدأ آخر هو مبدأ الإختصاص بالإختصاص الذي أقرته معظم النصوص القانونية الداخلية والدولية، وبمقتضاه فإن للمحكم سلطة الفصل في مدى إختصاصه، سواء أكان الإدعاء ببطلان العقد الأصلي أو الإدعاء ببطلان اتفاق التحكيم. فإن هناك اتجاه يرى أنه لا جدوى في محاولة تحديد الحالات التي يطبق فيها المبدأ واقصائه في حالات أخرى مثل حالة انعدام الأهلية، وبالتالي

64-أنظر - TERKI (N.),Op.Cit ,p 35.

65- - TERKI (N.), Op Cit , p35.

66 -أنظر -C.A.P le 8/10/1998, SAM c /PERRIN, Rev. Arb.1999, p 354; note ANCEL(P.).

67 - إلا اذا كانت أحد هذه الحالات تمس شرط التحكيم نفسه.

68- - ENOUZ(A.), " La clause d'arbitrage dans les contrats internationaux - Etude du droit Français et du droit international comparé inspirée des droits nationaux, des conventions internationales et de l'usage international), journal of law, june2001, Vol. n° 25, The academic publication concil Kwait University, p35.

إعتبار هذ المبدأ بمثابة قاعدة موضوعية دولية، وعدم سلب المحكم اختصاصه في كل مرة إدعى أحد الأطراف ببطلان العقد الأصلي وتركه يفصل في النزاع ما دام هناك اتفاق على التحكيم. وعلى كل فإن التحكيم لم يكن منذ الأول إجباريا وإنما يستند إلى إرادة الأطراف. ولقد أصبح هذا المبدأ من المبادئ المستقرة حاليا سواء في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية، كما سنراه لاحقا.

الفرع الرابع

مدى إلزامية مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

هل هذا المبدأ قاعدة آمرة أي لا يجوز مخالفتها أم أنها قاعدة موضوعية مكملة يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها؟

بالرجوع إلى قرار غوسي لا سيما عبارة "sauf circanstances exceptionnelles" و حسب MOTULSKY.H.

" Ces circonstances exceptonnelles viseraient les cas ou la volonté des parties de "souder la clause à l'acte juridique au quel elle a trait" serait exprimée"[69]

وعليه، فيعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها، على أن يكون ذلك بصفة صريحة، وإلا طبق المبدأ بالأخذ بالتعبير الضمني على الرغبة في إعماله. وعلى كل فإن الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ نادر الحصول.

كما أن عبارة –الظروف الإستثنائية –لم ترد في القرارات اللاحقة لقرار "غوسي" والمتعلقة بمسألة إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.[70] إلا أنها وردت في المادة 4/8 من قانون الغرفة التجارية الدولية حيث جاء فيها[71]:

"Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou inexistance...."

وهذا يعني أنه يمكن الاتفاق على خلاف هذا المبدأ، وعليه حتى لا يطبق هذا المبدأ يجب أن يتفق الأطراف صراحة على عدم تطبيقه[72].

69–أنظر Rev.crit.dr.int.pr, 1963 , p.623, in MAYER(P.), Op .Cit. , p 81.

70 –وقد ذهب البعض مثل أحمد ابراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق إلى أن إشارة الحكم إلى مراعاة الظروف الإستثنائية كانت نتيجة لرغبة المحكمة في التحفظ، بإعتبار إستقلال شرط التحكيم يمثل القاعدة العامة، وهو ما لا يتعارض مع إحتمال وجود حالات ستتقرر فيها إستثناءات على هذه القاعدة.

كما ذهب رأي آخر –FRANCISKAKIS، إلى أن الظروف الإستثنائية التي تحفظت بها محكمة النقض ليست سوى مجرد حذر كلام ، اتخذ للحد من المبدأ الذي قد يبدو جديدا ؛ أنظر بن الشيخ (نور الدين)، "شرط التحكيم في العقود الإقتصادية الدولية"، رسالة ماجستير بجامعة الجزائر ، 1986، ص92.

71 –معظم القوانين لم تشر إلى هذه المسألة ولكن بما أن هذا الحكم ورد في نص من نصوص هيئة تحكيم دولية فلا يوجد ما يمنع تطبيقها، وكثيرة هي اتفاقات التحكيم التي تلجأ إلى غرفة التحكيم التجاري الدولي بباريس.

الفرع الخامس

مبررات وأسس الأخذ بمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

لقد حظي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بمبرارات فقهيـة عديدة، وسنتعرض فيما يلي لأهم هذه المبرارات والأسس.

أولا: إحترام إرادة الأطراف المشتركة.

عادة ما يدرج الأطراف شرط التحكيم في العقد الأصلي بطريقة واسـعة، بحيث يقصدون منه عرض كافة النزاعات بما في ذلك النزاعات حول صـحة أو بطلان العقد الأصلي الذي يشمل شرط التحكيم ضمن نصوصه، وبالتالي فإن عدم إقرار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي سينتج عنـه تضـييق نطـاق التحكيم على النقيض من إرادة الأطراف، لأنهم لو أرادوا هذا التضييق لعبروا عنه بوضوح في اتفاق التحكيم.

إن رأي الفقيه ROBERT جدير بالإهتمام حول تبرير الأخذ بمبدأ الاسـتقلالية حيث يرى أنها مبنية على أساس أكثر عمق، له طابع وظيفي وهو مستوحى مـن إرادة الأطراف. فعندما أدرجوا اتفاق التحكيم، ولما كان اتفاق التحكيم هدفه حـل النزاعات الناجمة عن العقد الأصلي، ففي حالة نشوب نزاع حـول أحكـام العقـد الأصلي، يجب إعتبار اتفاق التحكيم وكأنه شخص من الغير بالنسبة لبقية شـروط العقد الأخرى، وهذا ليتمكن التحكيم من أن يقوم بدوره على أكمل وجه[73].

ثانيا: عدم التمييز بين شرط التحكيم و مشارطته.

إن عدم السماح بإستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصـلي، يـؤدي إلـى التفرقة بين إبرام اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم وإبرامـه فـي صـورة مشارطة التحكيم، حيث يتمكن المحكم في حالة إبرام اتفاق التحكيم فـي صـورة مشارطة التحكيم من إصدار حكم نهائي حول بطلان أو صحة العقـد الأصـلي، بعكس إبرام اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم حيث سيتعرض فصل المحكم في بطلان أو صحة العقد الأصلي إلى رقابة قضائية لا حقة قد تلغي حكمه، وهذه التفرقة بين صورتي اتفاق التحكيم غير مبررة.

72– أنظر -GAILLARD(E.), "Arbitrage commercial international", J- Cla.D. I. Fasc.586-1, Op. Ci.t. .

73– أنظر - ROBERT(J.), Op. Cit , p. 363, n° 286.

وهذا التبرير أخذ به الفقه الذي مازال يأخذ بالتفرقة بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم رغم إعترافه بأن هذه التفرقة لا مبرر لها.

ثالثا: عدم تعريض إختصاص المحكم للخطر.

إذا لم يكن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي جائزا، فإن إقرار المحكم حول بطلان العقد الأصلي سيمس في نفس الوقت اختصاصه، حيث سيؤدي بطلان العقد الأصلي الذي يدرج فيه شرط التحكيم إلى بطلان شرط التحكيم، وبالتالي سيتعرض اختصاص المحكم للخطر إذا ارتبط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلى[74]، و بالتالي فإن حكم المحكم نفسه حول بطلان أو صحة العقد الأصلي سيعتبر فصلا في صحة اختصاصه، وسيخضع حكمه للرقابة القضائية اللاحقة، وهذا ما يستلزم من القاضي رقابة حول موضوع النزاع لمعرفة ما إذا كان المحكم قد فصل في صحة أو بطلان العقد الأصلي بطريقة سليمة، و بذلك فإن القاضي سيتدخل في موضوع النزاع، وهذا التدخل في الموضوع مرفوض من غالبية قوانين التحكيم[75].

رابعا: الأخذ بنظرية انتقاص العقد كمبرر لمبدأ الإستقلالية.

حاول البعض[76] أن يجد لهذا المبدأ أساسا قانونيا، فوجد البعض أن الحل هو في القواعد العامة للعقد، وقد يوجد في النظرية المسماة بنظرية انتقاص العقد، والتي أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 104 من التقنين المدني الجزائري حيث تنص على أنه" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله"، وهي النظرية التي أخذت بها أغلب القوانين المقارنة[77]، كما عرفها الفقهاء المسلمون وبعضهم نادى للأخذ بها[78].

---

74 - الجمال (مصطفى)، عبد العال (عكاشة)،" التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية في ضوء القانون 27 /94"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، 1998 ، ص 350.

75 - الفقي(عاطف)، " التحكيم في المنازعات البحرية – دراسة مقارنة في التحكيم البحري في لندن، نيويورك، باريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري"، دار النهضة العربية 1998، ص 125.

76 - الجمال (مصطفى)، عبد العال (عكاشة)، المرجع السابق، ص 350.

77 -كالتقنين المدني المصري المادة 143، التقنين المدني السوري المادة 144، التقنين المدني الليبي في المادة 143، التقنين المدني التونسي، المادة 327، التقنين المدني الأردني في المادة 169، قانون الالتزامات والعقود المغربي عام 1913 والذي كان أكثر وضوحا حيث نصت المادة 308 منه على أنه: "بطلان جزء من الالتزام يبطل الإلتزام في مجموعه إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان وفي الحالة الأخيرة يبقى الإلتزام قائما بإعتباره عقدا مميزا عن العقد الأصلي".

78 -سامي(فوزي)، المرجع السابق، ص 214 و 215.

لكن الأخذ بهذه النظرية لتبرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، يتعارض والرأي القائل بأن اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط في العقد الأصلي وإنما عقد آخر في العقد الأصلي.

لهذا، رد أحد المؤلفين الآخذين بهذا الرأي على هذا الانتقاد، فهو لا ينكـر أن اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط في العقد الأصلي وإنما هو عقد مستقل، لكننا لو نظرنا من زاوية أخرى نجد وثيقة واحدة تبدو من النظرة الأولى عقدا واحدا ينظم في جزء منه العلاقة القانونية بين الطرفين، وفي جزء آخر يمثل الاتفـاق علـى اللجوء إلى التحكيم، فلو انطلقنا من هذه الزاوية سوف نسـتطيع بسـهولة تطبيـق نظرية انتقاص العقد وبالتالي نجد أنفسنا أمام مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي[79].

خامسا: إختلاف موضوع كل من العقد الأصلي والاتفاق على التحكيم.

هناك من يسند هذا المبدأ إلى الموضوع المختلف لكل من العقـدين، العقـد الأصلي والاتفاق على التحكيم[80]، فالاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يرد علـى الإجراءات ولا يهدف إلى تحديد حقوق وإلتزامات الأطراف الموضـوعية ولكـن ينصب محله على الفصل في النزاعات الناشئة عن الشروط الموضـوعية التـي يتضمنها العقد الأصلي[81]، ويترتب على ذلك أن الاتفاق على التحكيم ليس مجـرد شرط وارد في العقد الأصلي، بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة، فهو عقد ثان وإن كان مندمجا من الناحية المادية في العقد الأصلي[82]، أي هو عبـارة عن عقد في عقد.

فاستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصـلي ترجـع إلـى إختلاف محله عن محل العقد الأصلي ذلك أن محله هو حل النزاع، بينما قد يكون العقد الأصلي واردا على مقاولة أو بيع. وسببه المحافظة علـى اسـتمرار العقـد

---

79 -سامي(فوزي) ، المرجع السابق، ص 215و 216.

80 -بن الشيخ (نور الدين)، الرسالة السابقة، ص 92.

81 -بن الشيخ (نور الدين)، الرسالة السابقة، ص 92.

82 - السيد الحداد (حفيظة)، "الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم"،المرجع السابق، ص 20 وجاء في هامش نفس الصفحة اسـناد هـذ القـول إلى LOQUIN(E.) , note sous Cass.Civ.9 nov1993, Clunet 1994, p 690 etS:" La séparabilité de la clause compromissoire à l'égard de la convention principal trouve son fondement logique dans l'objet different des deux conventions.La clause compromissoire est un contrat de procédure qui ne vise pas à préciser les droits et les obligations des parties mais entends régler les qu' litiges relatifs aux clauses substentièlles du contrat pricipal. Il en résulte qu'elle est autre chose qu'une stipulation faisant partie de cette covention.Elle est par nature , un second contrat , qui est matérièllement inclus dans un autre".

وتنفيذه، بينما سبب العقد الأصلي قد يكون الربح أو اتمام مشروع معين أو غير ذلك واختلاف المحل والسبب أساس استقلالية كل منهما عن الآخر[83].

إن مبررات هذا المبدأ أصبحت تبدو أنها إيجابيات مضافة إلى ميزات التحكيم بصفة عامة، وإضافة إلى أن هذا المبدأ أصبح من القواعد المعمول بها على الصعيد الدولي، وذلك بالإستناد إلى الدور الإيجابي الذي يلعبه على صعيد العلاقات التعاقدية الدولية، وذلك بأنه يطبق إحتراما لإرادة الأطراف التي اتجهت إلى التحكيم لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ من هذا العقد، فإنه لا يجب أن ننسى الدور السلبي الذي تلعبه هذه القاعدة، ولإبراز أحد هذه المخاطر نشير إلى قرار تحكيم صادر في قضية جمعت شركة سوناطراك ضد شركة أجنبية[84]، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه أبرم عقد بين شركة سوناطراك وشركة أخرى أجنبية لحفر آبار بترول بتاريخ 1974/04/12 وأخضع هذا العقد للقانون الجزائري، على مدى أربع سنوات، ونص في المادة 24 منه على أن يخضع النزاع المتعلق بتطبيق العقد – إذا لم يؤدي الصلح الودي إلى نتيجة– لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بزيوريخ. ثم عدل العقد الأصلي عدة مرات إلى أن أمضى الطرفين ملحقا في 1978/06/25 بموجبه قرر الأطراف وضع حد للعلاقة الأصلية بصفة ودية وكذلك بالنسبة للعلاقات التي تضمنتها ملاحق العقد الأصلي وهي الملحق الأول في 07/16/ 1974والملحق 02 في 1975/01/06 والملحق الثالث في 1975/09/3والملحق الرابع في 1976/10/13.

وقد تضمن الملحق المنهي للعقد الأصلي مادة والتي دون شك جاءت لتبين صراحة إرادة الأطراف حيث إشترطت أنه:" ليس لأحد من الطرفين أن يقاضي الطرف الآخر مهما كانت الظروف أو التحفظات".

بالرغم من هذا النص التعاقدي رفعت الشركة الأجنبية دعوى ضد شركة سوناطراك أمام غرفة التحكيم الدولية بزيورخ في 1986/06/2 أي بعد مرور ثماني سنوات. وبما أن الملحق 05 لم يتضمن شرط تحكيم استندت المدعية إلى العقد الأصلي المبرم بين الطرفين وإلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. وقد ردت المدعى عليها أن الغرفة غير مختصة بالفصل في النزاع

---

83 – الجمال (مصطفى)، عبد العال (عكاشة)، المرجع السابق، ص 354؛

-CLY(T.), ".L'arbitrage: une question d'actualité", Petites Affiches, Edition quotidiennes des journaux judiciaires associés, octobre2003, n° 197 , p5 .

84 – أنظر - TERKI(N.), Op. Cit ., p 40et s.

بسبب انتهاء العمل بالعقد الأصلي، وبالتالي شرط التحكيم الذي تضمنه. وبصفة ثانوية طالبت برفض إدعاء المدعية لأن الأطراف اتفقوا على عدم إمكانية أي طرف مقاضاة الطرف الآخر بمناسبة العقد الأصلي، وهو ما نص عليه البند 2 من ملحق 1978/06/25.

وبموجب حكم ابتدائي، قررت هيئة التحكيم اختصاصها في الفصل في النزاع وهذا بالإستناد إلى مبدأ الإختصاص بالإختصاص، ثم قررت أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النزاع لأنه القانون الذي حدده الأطراف ليطبق على العقد، وطبقا لنص المادة 111 من التقنين المدني الجزائري: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة الأطراف"، و بعد أن تساءلت عن مدى كون نص المادة 01 من الملحق رقم 05 السابق الذكر كان واضحا، أجابت بالنفي وبالتالي أعطت هيئة التحكيم لنفسها حق تفسيره. واستخلصت أنه وإذا كان من الواضح أنها أشارت إلى الفسخ الرضائي بين الأطراف بشأن العقد الأصلي إلا أنه لم يتضمن مدى إنطباق هذا على اتفاق التحكيم الوارد به، وبالتالي واستنادا إلى مبدأ استقلاليته فإنه يبقى قائما.

لتحليل رأي هيئة التحكيم والأساس الذي بنت عليه حكمها، فلنقبل أن نص المادة 1 من الملحق كان غامضا مما أدى إلى تفسيره للوصول إلى إرادة الأطراف غير المعبر عنها صراحة، رغم أن العكس هو الصحيح[85]، حسب رأي نور الدين تركي، فكان من اللازم على الأقل أن يكون هذا التفسير موسعا.

وحول استناد هيئة التحكيم إلى نص المادة 1/111 من التقنين المدني الجزائري، فقد كان عليها من باب أولى أن تستند إلى الفقرة الثانية من هذه المادة والتي تنص:" إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات"، وأقل ما يمكن قوله أن هيئة التحكيم لم تبحث قط في الإرادة المشتركة للطرفين بل أخذت بالمعنى الحرفي للمادة، ودون محاولة الحكم في القضية فإن الاستاذ نور الدين تركي، يرى أن هيئة التحكيم في هذه القضية تغاضت أو لم تحاول البحث في سبب فسخ العقد الأصلي وأنه كان لأجل حماية مصالح الشركة الأجنبية، حيث أن لجوء الأطراف إلى الفسخ في الوقت الذي كانت

---

85 –أنظر عليوش قربوع(كمال)، المرجع السابق، ص 73.

الشركة الأجنبية تعاني من مشاكل مالية قد تؤدي إلى إفلاسها، وبالتالي فقد فسخ العقد الأصلي حتى تستطيع هذه الشركة إعادة أجهزة الحفر إلى بلد الشركة وبيعها حتى لا يستفيد منها دائنوها، وقد ساهمت شركة سوناطراك في هذه المناورة بأن عفت الشركة الأجنبية من الشرط الجزائي الوارد في العقد الأصلي في حالة عدم إكمال تنفيذ العقد. وهو مايجعل أمر موافقة الشركة على الفسخ الاتفاقي في هذه المرحلة وإستبعاد اللجوء إلى التحكيم يخدم مصالحها البحتة، ولعل أمر انتظارها مدة ثماني سنوات لطرح النزاع أمام هيئة التحكيم لدليل قاطع على سوء نيتها.

على كل فإن قرار هيئة التحكيم بإقرار اختصاصها استنادا إلى نص المادة 1/111 من التقنين المدني الجزائري قد إبتعد كل البعد عن نية الأطراف المشتركة، كما أنه وسع من نطاق إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، بشكل تعسفي، مبتعدا أيضاعن طبيعة اتفاق التحكيم الرضائية.

من خلال هذه القضية نلاحظ أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ورغم أنه ينشأ بموجب إرادة الأطراف لإدراكهم أن نظام التحكيم أنجع من القضاء العادي لحل المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، إلا أن الأخذ بهذا المبدأ على نطاق واسع قد يصبح خطرا على العلاقة التعاقدية.

كما يمكن أن نلاحظ أنه إذا كان إعمال المبدأ لتفادي مناورات الأطراف في التحلل من التزامهم باللجوء إلى التحكيم، بأن جرى القضاء على تطبيقه في حالات إدعاء بطلان العقد الأصلي، وبالتالي الطعن بعدم اختصاص المحكم في الفصل بالنزاع، فإن هذه الإستقلالية قد يدعى بها من طرف أحد أطراف العلاقة التعاقدية إذا كان ذلك يتناسب مع مصالحه.

المطلب الثاني

مدى تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

رغم الجدل الذي كان قائما بين مؤيدي و معارضي مبدأ الإستقلالية عن العقد الأصلي، إلا أنه عرفت معظم القوانين التشريعية سواء الداخلية أو الدولية أو لوائح التحكيم و قرارات التحكيم تكريس لهذا المبدأ سواء بطريقة مباشرة وصريحة أو بطريقة ضمنية، وهذا يرجع إلى الرغبة في توحيد القواعد القانونية من أجل خدمة التحكيم التجاري و الذي بدوره يخدم مصالح التجارة الدولية والتي أصبحت لها دور كبير في إقتصاد معظم الدول.

وقد كانت الأحكام القضائية بمثابة الأساس الذي إعتمدت عليه أغلب هـذه القوانين والأحكام، نظرا لما رأت فيه من خدمة لاتفاق التحكيم ذاته، واختصـاص المحكمين. وبالتالي بلوغ الهدف المتوخى من نظام التحكـيم ذاتـه وإختصـاص المحكمين بصفة عامة[86]. وهذا بعد ما كان التطرق إلى هذه المسألة ضمنيا أو غير واضح، وإنما استخلص البعض من النصوص كما هو الحال في اتفاقية نيويـورك كما سنرى لاحقا.

وعليه سوف نرى مدى تكـريس هـذا المبـدأ مـن طـرف المعاهـدات الدولية(فرع أول)، القوانين التشريعية الداخلية(فرع ثاني)، لوائح التحكيم وقرارات التحكيم الدوليين(فرع ثالث).*

الفرع الأول
مدى تكريس مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي في الاتفاقيات الدولية

لم تتعرض المعاهدات الدولية صراحة لمبـدأ اسـتقلالية اتفـاق التحكـيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي وإن كان البعض منها قد فتح البـاب لإمكانيـة الأخذ بالمبدأ، وعليه سنتعرض لبعض هذه الاتفاقيـات، مثـل : اتفاقيـة نيويـوك 1958، اتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجاري الدولي في 1961/04/21 واتفاقية واشنطن في 1965/04/21.

أولا: اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

لم تتعرض اتفاقية نيويورك لعام 1958 مباشرة لمبـدأ اسـتقلالية اتفـاق التحكيم[87]. ولكن هذا لم يمنع البعض[88] من الذهاب إلى القول بأن المادة 02 مـن

---

86 –مزايا التحكيم أنظر -JARROSSON(CH.), "Arbitrage commercial" , J.Cla.Comm. Fasc203, Op .Cit. , p3 et S.

* –هذا وقد تطرقنا إلى موقف القضاء حول هذه المسألة بحيث كان سباقا في إرساء هذا المبدأ .أنظر الصفحة 29 ومايليها من هـذه المذكرة.

87 –وقد تعرضت الدورة الـ 14 لمؤتمر لاهاي إلى هذه المسألة حيث جاء فيها :" أنه يجب إكمال النقص في اتفاقية نيويـورك ، لا سيما فيما يتعلق بمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي........."

88 – راشد(سامية)، المرجع السابق، ص 164، بند103؛ أحمد ابراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص 99؛

الاتفاقية والتي تنص على: " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخصصوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم ....."، أنها وإن لم تكن قد تعرضت لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ومختلف نتائجه القانونية، إلا أنها أعطته قوة لم تكن له من قبل[89]، حيث استخلص GAILLARD، أن اتفاق التحكيم يمكنه أن يخضع إلى قانون آخر غير قانون العقد الأصلي، وبالتالي فإن معاهدة نيويورك تكون قد قبلت ضمنا أن يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي أي يمكن إدراجها في إطار الإتجاهات المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم[90]. غير أنه يرى أن هذه المادة لم تكرس مبدأ الإستقلالية، وإذ كان نص المادة 02 من هذه الاتفاقية قد أوجب على الدول الأعضاء الإعتراف باتفاق التحكيم، ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي اتفق الأطراف على حلها بطريق التحكيم، بيد أنها لم تتضمن إشارة إلى أن ذلك يمكن أن يتحقق في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه، بمعنى آخر أن هذه المادة لم تتضمن أي بيان بشأن مسألة إستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وعدم تأثره بما قد يلحق بهذا الأخير من أسباب بطلان أو فسخ أو انقضاء.

أما حسب رأي FOUCHARD فإنه يري أن القول بأنه من خلال اتفاقية نيويورك يمكن أن نستشف ضمنيا من نص المادة 2/05 إقرارها لمبدأ استقلالية اتفاق التحيكم عن العقد الأصلي قول ذهب إلى حد بعيد، ويرى أن الاتفاقية قد تركت لكل قانون من القوانين التي ذكرتها المادة حرية تطبيق الحلول التي تراها مناسبة حيث جاء في مؤلفه:

En réalité la convention ait laissé à chacun des droit susceptibles de trouver application , le soin de régler ces questions." [91]

-GAILLARD(E.) "L'arbitrage commercial international", OP. Cit, J-Cla, p6, n° 5.

89 -عبد القادر (ناريمان)، المرجع السابق، ص314-315.

90 - أحمد ابراهيم (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 99. ؛ السيد الحداد (حفيظة)"، اتجاهات معاصرة بشأن اتفاق التحكيم"، المرجع السابق، ص 27.

–91 -FOUCHARD(PH.), GAILLARD(E.), GLODMAN(B.),Op. Cit , p219, n° 399.

كما يرى GOLDMAN، أن المسألة المطروحة على نطاق البحث لم يفصل فيها بأحكام قضائية سواء صادرة في فرنسا أو أي من الدول الأخرى الأطراف في معاهدة نيويورك[92].

ثانيا: الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي.

إن الاتفاقية الأوروبية لسنة 1965 لم تتضمن نصا صريحا يقرر مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي. ومع ذلك ذهب البعض[93] إلى القول بأن نص المادة 3/05 والذي ينص على أن : "المحكم له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءا منه" يعطي للمحكم سلطة الفصل في إختصاصه وفي وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعد اتفاق التحكيم جزءا منه يكرس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بشكل ضمني فقط. من خلال تكريسه لمبدأ إختصاص المحكم بالفصل في إختصاصه، وذلك بنصه على أن للمحكم سلطة الفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يتضمنه وهو ما يعني أن وجود أو صحة كلا منهما تقدر على نحو منفصل[94]. ويرجعون هذا الحل -حسب هذا الرأي-إلى وجود ترابط وصلة بين مبدأ الإستقلالية ومبدأ إختصاص المحكمين بالفصل باختصاصهم، إلا أن هذا التفسير حسب البعض[95] مغالا فيه، ويقوم على الخلط بين مبدأين مستقلين هما مبدأ الإختصاص بالإختصاص ومبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إتجاه العقد الأصلي، حيث أن مبدأ الإختصاص بالإختصاص يعني أن يكون من سلطة المحكم الفصل في مسألة إختصاصه عند المنازعة فيه، سواء كانت المنازعة في إختصاصه تنصب على وجود اتفاق التحكيم أو صحته، أو على وجود العقد الأصلي أو صحته. بينما يعني مبدأ إستقلال اتفاق التحكيم أن الاتفاق لا يتأثر بما قد يلحق العقد الأصلي من أسباب البطلان[96].

إضافة إلى أنه لو كان واضعوا النص يريدون الوصول إلى هذه النتيجة لكان عليهم أن يضيفوا إلى النص ما يفيد بأن المحكم إلى جانب أن له سلطة

---

92 - السيد الحداد (حفيظة)، " اتجاهات معاصرة بشأن اتفاق التحكيم"،المرجع السابق، ص 28.

93 - أحمد إبراهيم(إبراهيم)، المرجع السابق، ص 97؛

-FOUCHARD(PH.), GAILLARD(E.), GLODMAN(B.), Op. Cit. , p 219, n° 399.

94 - حسين محمد أبو زيد (سراج)،المرجع السابق، ص 196.

95 -حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 196.

96 -أنظر حول مبدأ الإختصاص بالإختصاص كأثر من آثار إستقلالية اتفاق التحكيم في الصفحة 77 ومايليها من هذه المذكرة.

الفصل في مسألة وجود أو صحة العقد الأصلي، يظل مختصا حتى إذا ثبت عـــدم صحته أو بطلانه، على نحو مافعلت قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية-كما سنرى لاحقا-، ففي هذا الفرض فقط كان من الممكن القول بـــأن الـــنص يقـــرر إستقلال اتفاق التحكيم[97].

لكن من الفقه العربي[98] ما يذهب الى ان المادة 3/5 السابق الإشارة إليهـــا، وإن لم تكن قد أشارت بشكل صريح إلى مبدأ ألإستقلالية، إلا أنها قد أقرت بالنتائج التي تترتب عليه، الأمر الذي يعتبر معه هذه الاتفاقية قد أقرت هذا المبـــدأ بشـــكل ضمني وليس صريح.

ثالثا: اتفاقية واشنطن.

بالنسبة لاتفاقية واشنطن في 1965/03/18 والتي أنشات المركز الـــدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمارات، فقد نصت في المادة 41 منها على أن: "هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها..." ويقصد بذلك مثل ما سبق شرحه فـــي الاتفاقية السابقة أن المحكم يختص بتحديد إختصاصه، فهو الذي يقرر ما إذا كـــان هناك اتفاق تحكيم أم لا[99]، فهو لن يختص إلا بناءا علـــى وجـــود اتفـــاق تحكـــيم صحيح. واذا كان البعض [100]يرى عدم إرتباط مبدأ الإختصـــاص بالإختصـــاص ومبدأ الاستقلالية، إلا أن الواقع أن المحكم لن يقرر بحال من الأحوال عدم صـــحة شرط التحكيم كنتيجة لعيب لحق بالاتفاق الأصلي الذي أورد الشرط، فتقرير مبدأ الإختصاص بالإختصاص يعني ترك تقدير مدى الأخذ بمبدأ إستقلال شرط التحكيم للمحكم، ولا شك أنه سيكون أكثر ميلا للأخـــذ بمبـــدأ الإســـتقلال ممـــا يســـتتبع إختصاصه بالفصل في النزاع[101].

رابعا: الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987.

97 - حسين محمد أبو زيد(سراج)، المرجع السابق، ص 197.

98 - السيد الحداد (حفيظة)، " اتجاهات معاصرة بشأن اتفاق التحكيم "، المرجع السابق ص 29؛ شهاب (عـــاطف)، " اتفـــاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي، "، دار النهضة العربية، 2002 ، ص 289.

99- GAILLARD(E.), "L'arbitrage commercial international ", J-Cla, Op.Cit. , p6, n° 5.

100 - أحمد بريري (مختار)،"التحكيم التجاري في المواد المدنية والتجارية -دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكـــيم في المواد المدنية والتجارية"، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ،القاهرة1995 ، حيث جاء في مؤلفه: " الواقع أننا نجد صعوبة إلى حد ما في الربط بين مبدأ الإختصاص بالإختصاص ومبدأ الاستقلالية "، ص 50.

101 -أحمد إبراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص 98.

لم تشر هذه الاتفاقية صراحة إلى الأخذ بمبدأ الاستقلالية، أما عن سلطة المحكمين للنظر في اختصاصهم فقد جاء ذكرها في المادة 24 منها حيث نصت: " يجب إبداء الدفع بعدم الإختصاص والدفوع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى وعلى هيئة التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائيا".

وإذا علمنا أن المادة 27 من الاتفاقية المذكورة تنص على أن الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم. يمكن القول عندئذ أن نص الاتفاقية عند منحها هيئة التحكيم سلطة النظر في إختصاصها يشكل مؤشرا للأخذ بمبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي[102].

وأخيرا ما يمكن قوله حول موقف هذه الاتفاقيات أنها لم تكرس مبدأ الإستقلالية صراحة وأنما بصفة ضمنية، وهذا عن طريق تقرير مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في إختصاصه. بمعنى تعطي للمحكم الفصل في مسألة وجود أو عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح، وهو مصدر سلطته، لكن لا يجب أن ننسى أن المحكم يخضع في ذلك لرقابة القضاء الوطني.

وعلى عكس الإتجاه الذي اتخذته المعاهدات الدولية والتي لم تشر بشكل صريح إلى قبول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وتم إستخلاص هذا المبدأ من قبل جانب من الفقه بالإشارة إلى فكرة التفسير الضمني، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كرسته صراحة العديد من القوانين الوضعية الداخلية.

الفرع الثاني

مدى تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الاصلي في التشريعات الداخلية.

إن الإعتراف بمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم من طرف التشريعات الوطنية الداخلية بعدما استندت إلى المصادر الخاصة بأنظمة التحكيم أدى بها إلى تغيير رأيها حول الأخذ بهذا المبدأ، وبهذا الإعتراف إكتسب المبدأ شرعية أكبر سمحت له بأن يصبح قاعدة دولية فعليةveritable Règle Transnationale في التحكيم التجاري الدولي[103].

---

102 -محمد سامي(فوزي)، المرجع السابق، ص 219.

103 – أنظر الأحدب(عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 152 ؛ FOUCHARD(PH.), Op. Cit , p218, n° 398

ولكن لم يكن هذا الإعتماد وحده كاف لتقرير هذا المبدأ في القوانين الوطنية، فمجرد المصادقة على الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم لم تكن لتعطي لهذا المبدأ مكانة بارزة نظرا لأن هذه الاتفاقيات لم تشر لهذا المبدأ صراحة، وعليه سنتطرق إلى موقف القانون الجزائري، ثم إلى أهم التشريعات المقارنة.

أولا:القانون الجزائري.

لم يشر المشرع الجزائري، في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 بقاعدة تنص صراحة أو ضمنا على مبدأ الإستقلالية، وهذا راجع إلى أن أحكام هذا القانون كانت تخص التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي[104] ، مع العلم أن هذا المبدأ ظهر ليواجه المعاملات الدولية المتعلقة بمصالح التجارة الدولية. كما أن الجزائر كانت تعرف خلال هذه المرحلة تحفظا إتجاه التحكيم الدولي نظرا للظروف التي كانت تمر بها، لا سيما أن هذا المبدأ الذي يؤدي إلى انفصاله عن العقد الأصلي، ومايترتب عنه من نتائج خطيرة[105]. وكذلك يرجع موقف المشرع الجزائري إلى أن هذا المبدأ لم يكن خلال هذه المرحلة قد خطى الخطوات التي هو عليها اليوم.

إلى أن جاء المشرع في تعديل قانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم 93/09 ، حيث أضاف قسم ثاني إلى الباب الثامن، بعنوان" تنظيم التحكيم التجاري الدولي"، حيث نصت المادة 458مكرر4/1: " لايمكن الإحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح" و يكون المشرع الجزائري بهذا قد أخذ بالإتجاه المؤيد لفكرة الاستقلالية لا سيما القانون السويسري في المادة 3/178 والقضاء الفرنسي[106]، حيث يقول نور الدين تركي في مؤلفه:" إن القانون الجزائري جاء بهذه المادة عند تعديله لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1993 ليعطي اتفاق التحكيم كل مدلوله، وتشجيع اللجوء إلى هذا القضاء الخاص لحل منازعات التجارة الدولية، وبالتالي فقد كرس مبدأ الإستقلالية دون أي غموض، وهذا المبدأ يعني أن اتفاق التحكيم يبقى منتجا لآثاره، حتى في حالة كون العقد الدولي الذي يتضمنه مشوب بعيب يؤدي إلى بطلانه، بسبب مخالفته لشرط موضوعي أو شكلي[107].

---

104 -بكلي (نور الدين)، المذكرة السابقة، ص 92.

105 -بكلي(نور الدين)، المذكرة السابقة، ص 92.

106 -تراري ثاني (مصطفى)، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر " ،المقال السابق، ص 38و39.

107- أنظر عليوش قربوع(كمال) ، المرجع السابق، ص 39.

كما أن هناك نص مادة آخر يمكن أن نستشف منه الأخذ بمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم وهو نص المادة 458 مكرر 3/1 الذي ينص: " إن اتفاقية التحكيم تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفقت الأطراف على إختياره، وإما القانون المطبق على العقد الأصلي.." ، وعليه فالمادة تشير إلى أثر جوهري من آثار المبدأ وهو إمكانية أن يكون القانون المطبق على اتفاق التحكيم غير ذلك المطبق على العقد الأصلي.

وعليه فالقانون الجزائري قد كرس مبدأ الإستقلالية تكريسا صريحا لا غبار عليه بل أكثر من ذلك تطرق إلى أثر من أهم آثاره.

ثانيا: القانون الفرنسي.

أغلب الفقه يعترف بأن القضاء الفرنسي عام 1963 هو من وضع حد للجدل الذي كان قد ثار في الفقه حول إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وذلك في قضية غوسي التي سبق ذكرها.

ويرى الأستاذ أبو زيد رضوان، أنه ليس أدل على إنتفاء الطبيعة التعاقدية للتحكيم التجاري الدولي من هذا الإتجاه الذي أصبح مستقرا في القضاء باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، إذ لا يتأثر شرط التحكيم بإحتمال فسخ أو بطلان العقد الذي كان هذا الشرط أحد بنوده، ولقد كانت هذه المسألة محل تردد في القضاء الفرنسي يوم كانت الصبغة التعاقدية هي الغالبة على طبيعة التحكيم، حيث كانت ظلال هذا العقد الذي تنشأ المنازعة بسببه تمتد لتشمل شرط التحكيم وتربط مصيره بمصير هذه العلاقة التعاقدية، غير أنه بتطور التحكيم التجاري الدولي وتأكيده لأصالته واستقلاله كقضاء لحل المنازعات التي تثيرها التجارة الدولية أصبح بالتالي شرط التحكيم يتمتع بهذه الإستقلالية والأصالة[108]. و قد أصبح المبدأ المذكور من الأمور المسلم بها في التحكيم التجاري الدولي وحتى وإن لم ينص عليها المشرع الفرنسي في قانونه.

- TARARI TANI(M.) "Les règles d'arbitrage international en algérie "Op.Cit p. 276 .

-TERKI (N.), Op. Cit. p39, n° 61

حيث جاء في مؤلفه:

" C'est essentiellement pour donner toute sa signification à la convention d'arbitrage et favoriser par consèquent le recours à ce procédé de règlement des differends, que le principe de son autonomie est ainsi consacré sans aucune ambiguité. Ce principe signifie que la clause compromissoire continue à produire tous ses effets alors même que le contrat international dans lequel elle est insérée est possible d'une sanction de nullité, en raison de la violation d'une condition de fond ou de forme."

108 -أبو زيد (رضوان)، "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق ص37 ؛ دسوقي(عبد المنعم)، "التحكيم التجاري الدولي والداخلي"، مكتبة مدبولي 1994، ص 166.

وقد أجمع شراح القانون الفرنسي أنه لم يكن في نصوص القانون الفرنسي ما يشير صراحة أو ضمنا إلى مبدأ الاستقلالية عن العقد الاصلي[109]، وأما تشريع 1981/05/12 حول التحكيم الدولي فقد أنقسم الفقه حول تفسيره إلى قسمين:

الرأي الأول:

أن تشريع 1981 لم يتناول مسألة إستقلالية اتفاق التحكيم، تاركا إياها لقضاء محكمة النقض الفرنسية، حيث ورد في التقرير المقدم من وزير العدل الفرنسي إلى رئيس الوزراء حول التشريع الجديد للتحكيم الدولي[110]، أنه لا يتعارض البتة مع المبادئ المستقرة في قضاء محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالنظام القانوني للتحكيم الدولي، وخاصة فيما يتعلق بنطاق اتفاق التحكيم وإستقلاله عن العقد الأصلي وعدم تأثره ببطلان هذا العقد الأصلي[111].

أما الرأي الثاني: [112]

يرى أنه و بصدور تشريع 1981/05/12 أضاف المشرع بواسطته كتابا جديدا إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تناول التحكيم في المواد من 1442 إلى 1491 وقد أجاز المشرع بواسطة هذا التعديل التحكيم في كافة المسائل مالم يرد نص خاص. فأصبح الأصل هو جواز التحكيم و الإستثناء هو الحظر[113]. ونصت المادة1446 على أنه إذا كان شرط التحكيم باطلا فإنه يعتبر كأن لم يكن

"Lorsequ'elle est nulle la clause compromissoire ets réputée non écrite ".

وتظهر أهمية هذا النص بالنسبة للحالات التي يتفق فيها الأطراف على التحكيم ثم يتبين أن القانون يمنع التحكيم فيها أو أن اتفاق التحكيم باطل فما هو مصير العقد الأصلي؟ فإذا انصب التحكيم على إحدى المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم[114] يكون التحكيم باطلا بطلانا مطلقا، ومع ذلك يبقى العقد الأصلي صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية ويفصل القضاء العادي في منازعاته والعكس صحيح.

---

109 –عمر التحيوي(محمود السيد)، "شرط التحكيم وجزاء الإخلال به".دار الفكر الجامعي، 2001، ص40.

110 –حول هذا التقرير ،أنظر، Rev. Arb. 1981, p461, et S

111 – الفقي(عاطف)، المرجع السابق، ص 128؛ BEURDIN(R.)" La convention d'arbitrage international en droit français depuis le decret du 12/05/1981"in DERAINS(Y.), "Droit et pratiques de l'arbitrage international en France", 1984.

112 –زروتي(الطيب)، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 359 ؛ التحيوي(محمد سيد عمر)، "شرط التحكيم وجزاء الإخلال به "، المرجع السابق ،ص 40.

113 –وهذا عكس تقنين الإجراءات المدنية لسنة 1925.

114 –وهذه المسائل هي : الحالة ، الاهلية ، مسائل الافلاس ، التسوية القضائية، المنازعات المتعلقة ببراءات الاختراع والملكية الادبية والذهنية ونزاعات العمل والرقابة على النقد.

أيضا إذا كان العقد الأصلي باطلا فلا يتأثر اتفاق التحكيم بمصيره بحيث يبقى اتفاق التحكيم صحيحا ملزما ويكون للمحكم بموجب مبدأ الإختصاص والذي بموجبه يستقل المحكم للفصل في كل الإدعاءات التي تخص أساس إختصاصه ونطاقه وسلطته. وعليه حسب هذا الرأي فإن المشرع لم يقرر جديد بتشريع 1981، و إنما رسم وضعا قائما استقر عليه القضاء الفرنسي في العلاقات الدولية الخاصة.[115]

أما الفقيه DAVID René فيرى أن إستقلالية شرط التحكيم مقبولة على صعيد العلاقات الدولية الخاصة وهذا ما أقره قرار غوسي بدون أي غموض، وأن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد هو الآخر قد أقر بوضوح هذا المبدأ وهذا في المادة 1476.

ويضيف أن المادة 1476 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد تنص على أنه:

"Si, devant l'arbitre , l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui -ci de statuer sur la validité ou limites de son investiture."

"إذا إدعى أحد الأطراف عدم إختصاص المحكم في الفصل في النزاع، كان لهذا الأخير أن يفصل في صحة أو حدود إختصاصه".

تبين هذه المادة بصراحة أن المشرع الفرنسي أقر مبدأ الإختصاص بالإختصاص، وعليه فالمحكم غير ملزم بأن يعلق الفصل في موضوع النزاع، حيث يمكن له أن يقرر بنفسه إذا كان اتفاق شرط التحكيم مستقل أم لا عن العقد الأصلي. كذلك يذهب الفقيه DAVID.R إلى أن إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، والذي يتضمنه من الناحية العملية، إذ طالما أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق التحكيمي، سلطة الفصل في بطلان أو صحة العقد الأصلي المبرم بين الطرفين ، فإن هذا يعني أن اتفاق التحكيم يكون من الممكن فصله عن العقد الأصلي ومن ثم يكون متمتعا بالإستقلالية. غير أنه وحسب رأي الفقيه إن هذه المادة لا تبين صراحة قاعدة موضوعية ولا تكرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.[116]

---

115 -زروتي (الطيب) ، الرسالة السابقة، ص 359.

116 - DAVID(R.)," L'arbitrage dans le commerce international", Economica 1982 , p 268,269 et 270.

حيث جاء في مؤلفه:

"Ces dispositions établissent à coup sûr le principe que l'arbitre a la compétence de sa compétence, il n'est pas obligé de suspendre la procédure de l'arbitrage et peut décider lui -même si la clause

ثالثا: القانون المصري .

نص قانون التحكيم المصري الجديد رقم 1994/27 [117] صراحة على مبدأ إستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مادته 23 والتي جاء فيها: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".

يتضح من النص السابق أن المشرع المصري قد تصدى صراحة للخلاف الفقهي القائم[118] وقطع دابر الشك حول إستقلالية اتفاق التحكيم في علاقته بالعقد الأصلي الذي يربط بين الأطراف[119]. ونشير إلى أنه وقبل صدور هذا القانون كان هناك إتجاه في مصر يؤيد الأخذ بمبدأ إستقلال شرط التحكيم، ويرد ذلك إلى أن القضاء المصري وإن لم يصرح به، حيث أن محكمة النقض المصرية قضت بأن :"مجرد تحرير مشارطة التحكيم والتوقيع عليها لا يقطع أيهما في ذاته مدة التقادم لأن المشارطة ليست إلا اتفاقا على عرض نزاع معين على محكمين والنزول على حكمهم ولا تتضمن مطالبة بالحق. وإذا تضمنت المشارطة اقرار من المدين بحق الدائن كما لو اعترف بوجود الدين، فإن التقادم ينقطع في هذه الحالة بسبب هذا الإقرار صريحا كان أو ضمنيا وليس بسبب المشارطة في ذاتها، فهذا الحكم حسب رأي البعض[120]، قاطع في تحديد إتجاه القضاء المصري نحو إعمال مبدأ استقلال شرط التحكيم. فمحكمة النقض تفرق تماما بين اتفاق التحكيم وموضوعه عرض نزاع معين على محكمين سواء كان هذا الاتفاق في صورة مشارطة أم شرط، وبين موضوع الحق المتنازع عليه، وتعتبر أن كلا منهما له مجاله وقواعده وآثاره المستقلة تماما عن الأخرى[121]. وقد ذهبت المحكمة العليا في مصر–حسب رأي المؤلف–إلى إعمال المبدأ بكل فروضه أي سواء كانت المعاملة داخلية أو متعلقة

---

compromissoire est ou non autonome par apport au contrat qui la contient. Il est moins en revanche qu'elles fixent une règle de fond et consacrent le principe de l'autonomie de la clause compromissoire.";

أنظر كذلك أحمد بريري(مختار)، المرجع السابق، ص50.

117 –نظم هذا القانون التحكيم الداخلي و الدولي على حد سواء دون تفريق بينهما.

118 –راجع حول هذا الخلاف راشد(سامية)، المرجع السابق، ص 170 ومابعدها، بند 61ومابعده ؛ أحمد إبراهيم(ابراهيم)، المرجع السابق، ص492.

119 –عبد القادر (ناريمان)، المرجع السابق، ص 326ومايليها.

120– أنظر الفقي(عاطف)، المرجع السابق، ص 139؛ الجمال(مصطفى) و عبد العال(عكاشة)، المرجع السابق، ص 355.

121 –أنظر أحمد بريري (مختار)، المرجع السابق، ص 49و 50.

بالتجارة الدولية، ذلك أنها إذا اعملت المبدأ في معاملة داخلية، فيكون إعماله في مجال التجارة الدولية من باب أولى.

في حين ذهب البعض إلى أن تطبيق مبدأ استقلالية شرط التحكيم كان يجد سنده في تطبيق قواعد اتفاقية نيويورك 1958 حيث بالإنضمام إليها صارت القواعد التي أوردتها هذه الاتفاقية في مجال تقنين مبدأ الإستقلالية ونتائجه هي وحدها- في حدود ما عالجته- الواجبة التطبيق في شأن التحكيمات المتصلة بمعاملات دولية.

وأخيرا كان البعض قد انتقد هذا التسبيب الأخير نظرا لأنهم من مؤيدي أن الاتفاقية لم تتعرض لهذا المبدأ وأنها خاصة بالإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

وأيا كان الرأي، فان قانون التحكيم المصري الجديد رقم 94/27 ، قد حسم هذا الخلاف مقررا استقلال اتفاق التحكيم إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته[122].

رابعا: القوانين الأنجلو-أمريكية.

إن قوانين الدول الأنجلو -أمريكية تشغل موقفا خاصا إزاء مبدأ الإستقلالية بهذا المعنى، ويعود ذلك إلى أصول عميقة تتعلق بالنظرة إلى نظام التحكيم بصفة عامة، وذلك أن هذا النظام اتسم بظاهرتين هامتين:

أولاهما: إعطاء حرية للأطراف في إختيار اللجوء إلى التحكيم وإمكانية العدول عنه.

ثانيهما: إخضاع التحكيم في مختلف مراحله، لرقابة قضائية مستمرة[123].

وقد إنعكست الآثار السابقة على موقف القوانين الإنجلو-أمريكية من مبدأ الإستقلالية. وسنتطرق إلى كل من القانون الإنجليزي والأمريكي على حدى.

1- في القانون الإنجليزي.

---

122 - وقد كانت المادة 23 من مشروع القانون التجاري المصري تنص: " يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءا من العقد بوصفه اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وكل حكم يصدر من محكمة التحكيم ببطلان هذا العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم" دسوقي (عبد المنعم)،" المرجع السابق.

123 - أنعم بن ناجي الصلاحي(أحمد)، المرجع السابق، ص 105و106.

إن الحديث عن موضوع استقلال اتفاق التحكيم في إنجلترا هو أمر يطـــول نظرا لوجود العديد من القضايا ومن ثم تعدد المواقف والأراء والتعليقات. فقد ساد الإعتقاد أن هناك إرتباط وثيق بين شرط التحكيم وبين العقد الـــذي يحـــوي هـــذا الشرط، فإما أن يبقيا معا أو يسقطا معا"Stood together or fell together"، ومن ثم فقد كان من غير الممكن أن ينظر المحكمون في موضوع يتعلق بصلاحية ونشأة ووجـــود العقد الأصلي، مع ما يستتبعه ذلك من أثر بالنسبة لاتفاق التحكـــيم الـــذي لا يعـــد منفصلا عنه، وقد تعرض مجلس اللوردات لهذا الموضـــوع مـــن خـــلال قضـــية HEYMAN V.DARWINS ltd. ، حيث ذكر القاضي ماكميلان MACMILLAN: " إذا لم يكن هناك عقد أصلا وعلى الإطلاق، فإن الاتفاق على التحكيم الوارد كجـــزء منـــه لا يكون له وجود حيث الأكبر يشمل الأقل"[124].

و يشار إلى هذه السابقة القضائية لتأكيد إرتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي وجودا وعدما، فإذا تم الإدعاء أنه لم يكن هناك عقدا أصليا قائما، فلن يكون هناك اتفاق تحكيم من الأصل. أما إذا كان هناك عقدا قائما بالفعل ولكن إدعى ببطلانـــه، فإن شرط التحكيم لا يُعْمَل بالتبعية، أي أن الشرط يعتبر باطل في حد ذاتـــه مثـــل العقد الأصلي.

وقد أثير موضوع إتحاد مصير كل من العقد الأصلي وشرط التحكيم لأول مرة عند نظر الدعوى Jureidini V.National And Irish Millers Inssurance وذلك عام 1915، وقد حكم القاضي STEYEN أن أسباب هذه النتيجة كانت منطقية وعمليـــة logical and pragmatic ، حيث ذكر :

"If the case that, where the parties are in dispute as to the existance of a contract, they may enter into an ad hoc arbitration agreement to resalve their dispute.In the contexte, the principal of sevarability is plainly applicabl.It follows that the principal of sevarability should apply olso where the arbitr agreement is not ad hoc but was entred into befor the dispute has arisen......."

إلا أن الفقيهSCHMITTAHOFF وقف موقفـــا وســـطا بـــين رأي اللـــورد MACMILLON صاحب القاعدة التقليدية، التي تقضي بإرتباط العقد الأصلي وشرط التحكيم وجودا وعدما، وبين رأي اللورد DIPLOCK الذي قال بذاتية اتفاق التحكيم، حيث قال أنـــه

---

124 -"If the dispute is as to whether the contract which contains the clause has ever been entred into at all, that issue cnnot go to arbitration under the clause, for the party who denies that he has ever entred into the contract is there by denying that he has ever joined in the submission , similary if one party to the alleged contract is ontending that it is void ab initio (because, for exampl, the making of such contractis illegal), the arbitration clause cannot operate, for , on this view, the clause it self is also void".

بالرغم من أن القاعدة التقليدية مازالت قائمة، إلا أنهـا لا تتماشـى مـع الإتجـاه الحديث في التحكيمات المعاصرة[125].

وانعكس رأي الفقيهSCHMITTAHOFF على أراء العديد من الفقهـاء حيـث عـرض للقاضي STEYN[126] مقال تحت عنوان "إستقلال اتفاق التحكـيم SEVARABILITY OF ARBITRATION CLAUSE حيث عرض القواعد التالية:

1-إذا تبين أن العقد الذي تضمن شرط التحكيم لم يبرم أصلا، فإن اتفاق التحكيم لا يكون مستندا إلى أي أساس ممكن.

2- إذا كان العقد الأصلي باطل بطلانا مطلقا، بحيث يكون غير قائم قانونـا منـذ البداية، فإن شرط التحكيم يأخذ ذات الحكم.

3- تفسير العقد الأصلي والإختلاف حول تفسير إرادة أطرافه أو تصحيح بطلانـه النسبي لاحقا لا يؤثر على وجود وصحة اتفاق التحكيم.

4-إذا تم فسخ العقد أو انهاؤه لأي سبب من الأسباب، سواء لعدم تنفيذ الأطـراف لإلتزاماتهم أو لصيرورة ذلك متعذرا أو مستحيلا، فإن ذلك لا يؤثر علـى وجـود واستمرار اتفاق التحكيم[127].

وقد حدث بعد ذلك تطور للقاعدتين الثانية والثالثة، للتوسع في مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. والملاحظ أن المبادئ التي وضعها القاضـي STEYN وكـذلك محكمـة الإستئناف في قضية HARBOUR V KANSA [128] قد أخذت الصيغة القانونية والقـوة التشريعية عن طريق القسم السابع من قانون التحكيم لسنة1996 الذي ينص على :

"sauf accord différent par les parties, un accord d'arbitrage qui fait ou a été prévu pour former pertie d'un autre accord(si dans l'écriture)ne sera pas considéré comme inadmissible, inéxistant ou inefficace parce que cet autre accord est inadmissible, ou n'a pas hérité l'existence ou est devenu inefficace, et il - dans ce but-sera traité comme accord distinct".[129]

---

125 - أنعم بن ناجي الصلاحي (أحمد)، المرجع السابق، ص 107.

126 - الفقـي(عـاطف)، المرجـع السـابق، ص 132-133، عـن SANDERS(P.), "L'autonomie de la clause compromissoire"

127 -عبد الفتاح ترك(محمد)، المرجع السابق، ص 451.

128 - حيث راجع المدعون المحكمة القضائية بحجة أن عقد التأمين شرطا تحكيميا ...هو باطل لأن المؤمن عليهم أخلو بشروط عقد التأمين وقد أعتبرت المحكمة العليا سنة 1992، وكذلك محكمة الإستئناف 1993، أن الشرط التحكيمي يبقى صالحا رغم ذلـك، وأحالت النزاع على التحكيم، مكيفة بذلك القانون الإنجليزي مع قاعدة إستقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي.

129- " Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to from part of another agreement(whether or not in writing)shall not be regarded as invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall bor that purpose be treated as a distinct agreement".

وعليه فقد تبنى هذا النص بشكل صريح وواضح استقلالية الشرط التحكيمي وقاعدة إختصاص المحكم بالنظر في إختصاصه[130].

2- في القانون الأمريكي.

يجب قبل التعرض للكلام عن مدى تكريس القانون الأمريكي لمبدأ الإستقلالية الأخذ بعين الإعتبار أنه في هذه الدولة يوجد إلى جوار القانون الموحد الفيدرالي، قانون مستقل لكل ولاية من الولايات المتحدة الخمسون، بما في ذلك بشأن التحكيم الذي يندرج عادة في نطاق اختصاص الولايات[131].

عموما يعتبر القانون العام الإنجليزي هو الأصل القانوني للتشريع في الولايات المتحدة، باستثناء ولاية لويزيانا، كما أن اقتباس قانون الولايات المتحدة للمبادئ الأساسية في القانون العام الإنجليزي يشمل مجال التحكيم بدرجة تامة. لاسيما مبدأ العدول والذي بمقتضاه يحق لأي طرف في اتفاقية التحكيم وفي أي لحظة قبل صدور قرار التحكيم أن يعلن عدوله أو رجوعه عن موافقته على التحكيم، ولا يملك الطرف الآخر أية وسيلة لحث الطرف الممتنع عن تنفيذ التزامه[132].

وقد خرج قانون الإتحاد الأمريكي عن هذا النهج منذ عام 1967 عندما رأت المحكمة الإتحادية العليا ضروة الأخذ بمبدأ إستقلال اتفاق التحكيم، مجاراة للإتجاهات الحديثة التي تدعم التحكيم وتشجعه كنظام له خصوصيته وغير المرتبط بالقضاء الداخلي.

وقد قررت المحكمة المذكورة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من خلال قضية PRIMA PRINT. C/ FLOOD AND CONKLIN[133] والذي بمقتضاه أصبح لشرط التحكيم وجودا قانونيا مستقلا عن العقد الأصلي، أو كما تقول المحكمة:" إن شروط التحكيم الخاضعة لقانون التحكيم الفيدرالي مستقلة عن العقد الذي يحتويها والتي هي جزء منه طالما أن شرط التحكيم نفسه لم ينازع فيه،

---

130 -الأحدب (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 154.

131 -أنظر أنعم بن ناجي الصلاحي (أحمد)، المرجع السابق، ص 131.

132 - أنعم بن ناجي الصلاحي (أحمد)، المرجع السابق، ص 131و132.

*على أن العدول عن الاتفاقية لا يعنيان مع ذلك بطلان اتفاقية التحكيم التي تعتبر في القانون العام صحيحة قانونا، وذلك أنه يجوز رفع دعوى تعويض الخسارة ضد الطرف المممتنع عن المشاركة في إجراءات التحكيم.

133-أنظر -Year book1967, n° 388.

وبالتالي فإن شرط التحكيم الواسع سيُخضع للتحكيم المسائل المتعلقة ببطلان العقد الأصلي".

يرى DAVID.R أن القضاء الأمريكي كان أوضح من قرينه الفرنسي، حيث أن المحكمة العليا في قضية Prima Paint، أقرت أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا يمكن الأخذ بها إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، ويجب أيضا أن تكون عبارات الأطراف واضحة وصريحة في أنها تتجه إلى الأخذ بهذا المبدأ. ومن جهة أخرى فقد صدر قرار في قضية Prima Paint في حالة أدعى فيها الأطراف أن العقد الأصلي باطل. لأنه مشوب بغش من الطرف الآخر، وعليه فلا يتصور أن الحل كان سوف يكون نفسه في حالة ما إذا كان الإدعاء هو مخالفة النظام العام[134].

خامسا: بعض الأنظمة القانونية الأخرى.

إن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، كرس في العديد من التشريعات الداخلية:

فالتقنين الدولي الخاص السويسري في مادته 178 ينص على أنه: " لا يمكن الطعن في صحة اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي وإن اتفاق التحكيم يتعلق بنزاع لم يحدث بعد".

" la validité d'une convention d'arbitrage ne peut être contestée pour le motif que le contrat principale ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernait un litige non encore né."

والقانون الإسباني الصادر عام 1988 أخذ بالمبدأ في مادته 08 ، وقانون أصول المحاكمات اللبناني لعام 1983، الذي عالج أمور التحكيم الدولي في القسم الثاني من الكتاب الثاني منه، في المواد من 809 إلى 821 لم يرد فيه نص يخص استقلالية اتفاق التحكيم، ولكنه في الكتاب الأول من القسم الثاني، الذي وردت فيه نصوص خاصة بالتحكيم الداخلي وفي مادته 764 تنص عبارتها الأخيرة أن: "البند التحكيمي الباطل يعتبر كأن لم يكن"، وهذا النص يماثل نص القانون الفرنسي في مادته 1446.

134 -أنظر - DAVID(R.), Op. Cit , p268, n °213.

وهناك نص لقانون حديث هو قانون جيبوتي الخاص بالتحكيم الدولي حيث أخذ بشكل صريح وواضح بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المادة 3 منـــه حيــث نصت: " أن اتفاق التحكيم يبقى ملزما للطرفين حتى وإن كان العقد الذي ورد فيـــه الاتفاق المذكور باطلا".

المادة 2/1/1697 من التقنين البلجيكي للمرافعات في صياغته الواردة بالقـــانون الصادر في 04يوليو 1972 .وأيضا المادة 1053 من تقنين الإجراءات المـــدني الهولندي والتي بصياغتها الوادرة في القانون الصـــادر فـــي 1986 :" إن اتفـــاق التحكيم يعتبر مكونا لاتفاق مستقل لهيئة التحكيم كسلطة الفصل في صحة العقـــد الأصلي الذي يتضمن اتفاق التحكيم". المادة 1/61 من قانون التحكـــيم التونســـي الصادر بموجب القانون1993/04/26[135].

من خلال تعرضنا لبعض القوانين الوطنية وأشهرها، نلاحـــظ أن هنـــاك قبول شبه عام للعديد من الأنظمة القانونية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقـــد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق، سواء كان النص صريحا أي مباشر أو غيـــر مباشر. وهو ما أدى بالإجتهاد التحكيمي أن إعتبر هذا المبدأ من المبادئ العامة في القانون التجاري الدولي.

ويرى البعض [136] أنه إذا أردنا أن نعرف مدى الأخذ بالإستقلالية من قبـــل مختلف التشريعات في العالم نعود إلى مراجعة التقارير المنشـــورة فـــي الكتـــاب السنوي للتحكيم التجاري الدولي، الذي يبين بوضوح أن هناك اتجاها ســـائدا فـــي عدد كبير من الدول إلى الأخذ بمبدأ الإستقلالية بمعنى انفصاله عن العقد الأصلي. وتستمر بالقول " وليست الدول ذات التقاليد اللاتينيـــة والجرمانيـــة مثـــل ايطاليـــا وبلجيكا وألمانيا الغربية والنمسا والدول الإسكندنافية هي وحدها التي تأخذ بمبـــدأ الإستقلالية، ولكن مجموعة الدول الإشتراكية واليابان وعددا مـــن الـــدول العـــالم الثالث تتبع ذات المنهج.

وهكذا نجد أن الضرورات العملية في التعامـــل التجـــاري واحتـــرام إرادة الطرفين في حسم النزاع يجعل الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم من الأمور التي لها أهمية خاصة في التحكيم التجاري الدولي[137].

---

135 - بالنسبة للقانونين الألماني و الإيطالي والياباني فقد كرس هذا المبدأ عن طريق الإجتهاد القضائي؛

-GAILLARD(E.)," Arbitrage commercial international ", Op.Cit., J.Cla ., p6, n° 16.

136-راشد(سامية)، المرجع السابق، ص 100.

137 - محمدسامي(فوزي)، المرجع السابق، ص 214.

الفرع الثالث

مدى تكريس لوائح وقرارات التحكيم

لمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي.

كثيرا ما تحيل اتفاقات التحكيم على أنظمة تحكيمية تطبق على التحكيم وتكون متبنية لهذه القاعدة، فيكون الأطراف كأنما إختاروا تطبيق هذه القاعدة بسلطان إرادتهم، ولكن سلطان الإرادة حتى ولو أحال إلى نظام تحكيمي إلا أنه يبقى بإمكانه أن يعدل هذا النظام ويزيل هذه القاعدة من النظام إن أراد الأطراف ذلك[138]، وإن كان القانون المطبق على التحكيم لا يفرق بين الاتفاق على التحكيم والعقد الأساسي، فإن سلطان الإرادة يبقى قادرا على التفريق إلا إذا ربط المشرع العقدين ببعضهما وهذا نادرا مايحصل.

وسنتطرق فيما يلي إلى مدى تكريس بعض لوائح وأنظمة التحكيم الدولي(أولا) والإجتهاد التحكيمي(ثانيا) لمبدأ الإستقلالية.

أولا: نظام التحكيم الغرفة التجارية بباريس C.C.I.

أول نظام تحكيمي هام كرس هذه القاعدة وربطها بسلطان الإرداة هو نظام التحكيم الغرفة التجارية بباريس حيث نص في مادته الثامنة الفقرة 4 على ما يلي: "إذا لم يكن هناك اتفاق مخالف، فإن الإدعاء ببطلان العقد الأصلي أو إنعدامه لا يترتب عليهما عدم اختصاص المحكم إذا إرتأى صحة اتفاق التحكيم ويظل المحكم في هذه الحالات مختصا لتحديد حقوق الأطراف والفصل في إدعاءاتهم وطلباتهم، حيث أن بطلان العقد الأصلي أو إنعدامه لا يؤدي إلى عدم إختصاص المحكم ولا إلى بطلان أو إنعدام اتفاق العقد التحكيمي"[139].

وعليه فإستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي كرست بصراحة ووضوح، ليس فقط في حالة الإدعاء ببطلان العقد الأصلي ولكن حتى في حالة الإدعاء بإنعدامه[140]. ومنه فليس هناك شك أنه إذا لاحظ المحكم انعدام العقد أو

---

138 – أنظر الأحدب(عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 151؛ السيد الحداد (حفيظة)،" الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم"، المرجع السابق، ص 38؛

-GAILLARD (E.), Op. Cit. P. 7.

139 –حيث جاء بالفرنسية :

" Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou inéxistence alléguée du contrat n'entraine pas l'incompétence de l'arbitre s'il retien la validité de la convention d'arbitrage. Il reste même compétent , même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat , pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leur demendes et conclusions."

140 –قادري(عبد العزيز)، المرجع السابق، ص267.

بطلانه فليس له أن يتوقف هنا، لكن عليه أن يعطي نتائج إدعـــاءات الأطـــراف. وليس له أن يعلن عدم إختصاصه ويعفي نفســه مــن الحكــم إذا رأى أن العقــد الأصلي منعدم أو باطل، أو حتى بطلان أو إنعدام اتفاق التحكيم في حد ذاته حيــث في هذه الحالة الأخيرة عليه أن يعلن عدم إختصاصه[141].

ولكن هذا النظام أقل وضوحا بالنسبة لموقف المحكمة التحكيمية التي تنظر في طلب التحكيم عند تقديمه، وفقا للمادة 3/8، وما إذا كانت المحكمة ملزمة بهذه القاعدة، ويمكن تفسيرها بأن المحكمة تحيل الموضوع للمحكمين[142]. وقــد طـــرح الأمر مرتين وأحيل موقف غرفة التجارة الدولية إلى المحاكم الفرنسية فيما يتعلــق بالاتفاق التحكيمي ووجوده، وقد صدر عن القضاء الفرنسي حكم واحد يقر بوجود العقد التحكيمي وآخر ينفي وجوده[143].

ثانيا : نظام التحكيم للجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة CNUDCI[144].

نظام التحكيم الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحـــدة هو ثاني نظام يكرس المبدأ سنة 1976 والذي ينص في مادته 02/21 منه علـــى أن: "هيئة التحكيم هي صاحبةالإختصاص في الفصل في الدفوع الخاصـــة بعـــدم اختصاصها وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجـــود شـــرط التحكـــيم أو الاتفـــاق المنفصل علىالتحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق"[145].

تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكـــون شـــرط التحكيم جزءا منه، وفي حكم المادة 21 يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءا من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقا لهذا النظام بوصفه اتفاقا مستقلا عن شـــروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتـــب عليـــه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

---

141 -أنظر -GAILLARD(E.), Op.Cit. , p5, n°10.

142 -الأحدب(عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 151.

143 -أنظر -L'affaire JAPAN TIME, dont a connu la C.A. dans sa décision du 11/07/1980" les institutions permanantes d'arbitrage devant le juge étatique " Rev.Arb.1987,p 225 et S. L'affaire CEKABANKA tranché par le tribunal de grande instance de Paris le 18/10/1986, Rev.Arb.,1987, p 367; note FOUCHARD(PH.).

144 -باللغة الإنجليزية UNICENTRAL.

145 -حيث جاء بالفرنسية : "Aux fins de l'article 21 -c'est à dire de l'appréciation par le tribunal de sa compétence-une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent règlement sera considerée comme convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraine pas de pleine droit la nullité de la clause compromissoire"

ويكرس هذا النظام قاعدة أن إثارة بطلان العقد الأصلي لا تفضي إلى بطلان الاتفاق التحكيمي، وإذا كان العيب المتصل بالعقد الأساسي له علاقة بالشرط التحكيمي (مثلا عيب الرضى) فإن المحكم يبقى مختصا للنظر بقابلية الإبطال[146].

ومن الجدير بالملاحظة أن صياغة الجزء الأخير من الفقرة الثانية والتي تقضي بأن تقرير محكمة التحكيم بطلان العقد لايترتب عليه بقوة القانون بطلان اتفاق التحكيم، فقد برر جانب من الفقه ومن بينهم GAIILARD و GOLDMAN هذه الصياغة بقوله أن واضعي هذا النص ربما قصدوا الإشارة إلى الحالات التي يكون فيها سبب البطلان الذي يلحق بالعقد الأصلي يلحق أيضا اتفاق التحكيم، فبطلان اتفاق التحكيم في مثل هذه الحالات، ليس نتيجة مترتبة على بطلان العقد، وإنما لأن اتفاق التحكيم قد أصابه أحد أسباب البطلان، وعليه فليس هناك مساس بمبدأ الإستقلالية في مثل هذه الحالات.

وعليه فإن القواعد الوادرة في المادة 21، تعد تقنينا لمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم بواسطة الجماعة الدولية على نحو يتفق مع ما انتهى إليه القضاء الفرنسي في أحدث تطور له[147].

ثالثا: نظام الغرف التجارية العربية -الأوروبية.

أخذ نظام الغرف التجارية العربية -الأوروبية بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المادة 4/21 : "اذا نازع أحد الأطراف في صحة اتفاق التحكيم وفق أحكام هذا النظام وتفصل محكمة التحكيم هذه فور تأليفها في صحة تعيينها وفي كل المسائل الأخرى المتعلقة بإختصاصها.

وهناك العديد من أنظمة التحكيم تعترف بالمبدأ دون أي صعوبة، مثال: أنظمة تحكيم دول أعراف القوانين common law كرست هذا المبدأ أيضا. و نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي في المادة 1/14 والتي أعادت نص المادة 2/21 لنظام CNUDCI ، وكذلك الهيئة الأمريكي للتحكيم في المادة 15 من نظامها، حيث ذكرت بأن شرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا عن الشروط الأخرى في العقد.

---

146 -الأحدب(عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 152.

147 -دسوقي(عبد المنعم)، المرجع السابق، ص 167.

وهذه الخطوات تعتبر هامة في تقدم التحكيم، لأن دول أعــراف القــوانين قاومت بشدة في أول الأمر نظرية استقلال اتفاق التحكيم واختصاص المحكم للنظر بإختصاصه كما رأينا سابقا.

رابعا: موقف قرارات التحكيم

أخذت العديد من قرارات التحكيم الصادرة في إطار المعــاملات الدوليــة الخاصة سواء تلك الصادرة عن محاكم التحكيم الحر أومن محاكم التحكيم المشكلة لدى مراكز التحكيم ذات الطابع الدولي بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، بدون حاجــة لإسناد هذا الإعتراف لأي مصدر قانوني داخلي محــدد[148]، وبإعتبــار أن هــذه الأحكام لاتحصى نكتفي بذكر مثالين فقط:

ففي إطار التحكيم الحر ad hoc تم تطبيق مبدأ إستقلالية اتفاق التحكــيم عــن العقد الأصلي الوارد فيه في قضية شــركة lena goldfids ضــد حكومــة الإتحــاد السوفياتي عام 1930[149] المشاركة في إجراءات التحكــيم بحجــة أن الشــركة البريطانية قد قامت بفسخ عقد الإمتياز المبرم معها عام 1925، وبالتالي فإن شرط التحكيم الوارد في العقد يكون قد أصبح غير نافذ المفعول. بيد أن محكمة التحكــيم رفضت وجهة نظر الحكومة السوفيتية، وأكدت في حكمها الصادر فــي ســبتمبر 1930 أنه على الرغم من أن الحكومة السوفيتية قــد رفضــت المشــاركة فــي إجراءات التحكيم، إلا أنها تظل ملزمة بالإلتزامات الواردة في العقد. ويعــد ذلــك إعمالا ضمنيا لمبدأ إستقلالية شرط التحكيم الوارد في العقد.

كما تم إعمال مبدأ الإستقلالية من قبل العديد من قرارات التحكيم الصــادرة في إطار غرفة التجارة الدولية بباريسC.C.A، ويمكن أن نذكر مــن ذلــك قــرار التحكيم الصادر في القضية رقم 1526 لعام 1968[150] ، وتــتلخص وقــائع هــذه القضية في أن إحدى الدول الإفريقية قد منحت أحد الرعايا البلجيكيــين المقيمــين فيها، بإعتباره صاحب إمتياز، الحق في شراء المنتجات المعدنيــة علــى إقليمهــا الوطني. وعلى إثر قيام الدولة المتعاقدة بإلغاء العقد بإرادتها المنفردة قبل حلــول الأجل المتفق عليه، تقدم ورثة صاحب الإمتياز إلى محكمة التحكيم لــدى غرفــة

---

148 -الأحدب (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 154.

149 -حول التعليق على هذا الحكم أنظر راشد (سامية)، "دور التحكيم في تدويل العقود "، دار النهضة العربية 1990، ص 42-44.

150- -Sentence rendue dans l'affaire n° 1526 en 1968,Clunet 1974, p915; note DERAINS(Y.)

التجارة الدولية مطالبين بالتعويض وفقا لشرط التحكيم الوارد في العقد. بيد أن الدولة المتعاقدة قد رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم، ولذلك بدأ المحكم المعين من قبل المحكمة بإثبات إختصاصه. وفي هذا الصدد ذهب المحكم إلى أن هناك قاعدة مسلما بها الآن في مجال التحكيم التجاري الدولي مفادها أن شرط التحكيم سواء كان مبرما على نحو منفصل عن التصرف القانوني المتعلق به أو كان واردا فيه، يتمتع بإستقلال قانوني كامل، بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان.

نشير إلى أن هناك العديد من قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن عقود البترول المبرمة بين الدول أو الأشخاص العامة التابعة لها وشركات البترول الأجنبية قد أخذت بمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

ففي قرارات التحكيم الثلاثة[151] الصادرة في منازعات ناشئة بين الجماهيرية الليبية بإتخاذ إجراءات التحكيم ضدها، طبق المحكمون مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم، وأكدوا على أن اتفاق التحكيم يظل قائما على الرغم من قيام الحكومة الليبية بوضع نهاية لعقود الإمتياز المبرمة بينها وبين هذه الشركات بطريق التأميم.

وعليه نستخلص أنه أصبح من المسلم به أن الأمر يتعلق بمبدأ عام من مبادئ القانون التجاري الدولي، وذلك دون أن تستشعر أدنى حاجة من أجل تبرير هذه الإستقلالية إلى الإشارة إلى قانون معين.

المطلب الثالث

آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

كما سبق وذكرنا فإن إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يقصد بها الإستقلالية القانونية وليس المادية، وعليه فلا يقصد من الإستقلالية أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون موضوع رضى منفصل عن رضى العقد الأصلي، ولاتعني

151 – القضية الأولى، قضية TEXACO ضد ليبيا بتاريخ 1975/11/27،

-LALIVE(J.F)," un grand arbitrage petrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères", J.D.I., 1977, p. 326-328.

القضية الثانية هي قضية LIAMCO ضد الحكومة الليبية بتاريخ 1977/04/12، Rev.Arb1980, p132et S ، القضة الثالثة هي قضية B.P، ضد الحكومة الليبية صدر بتاريخ 1973/10/10،

-Rev.Arb1980, p 116 et S.

أن مصير اتفاق التحكيم لا يمكن أن يكون مصيره غير مصير الاتفاق الأصلي في حالة حوالة هذا الأخير.

ولكن لهذا المبدأ نتائج هامة، منها مايتعلق مباشرة بتطبيق المبدأ ويتمثل هذا في عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي(الفرع الأول)، وإمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن قانون العقد الأصلي(الفرع الثاني)، ومنها ما هــو متصــل بالمبــدأ لأسـباب أكثــر تقنيــة بتقريــر مبــدأ الإختصــاص بالإختصاص(الفرع الثالث).

الفرع الأول

عدم إرتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

إن الأثر الأول الذي يترتب على مبدأ إستقلال اتفاق التحكيم هو أن صـــحة اتفاق التحكيم ونفاذه لا تتوقف أو تتأثر بمصير العقد الذي يتعلق به هذا الاتفاق[152]. ومن ثمة، فإن بطلان العقد أو فسخه أو انقضاءه أو تجديده[153]، لا يترتب عليه أي أثر بالنسبة لاتفاق التحكيم. ولكن يشترط لكي يترتب على إستقلال اتفاق التحكــيم هذا الأثر أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا في ذاته[154]، فلو أن العيب الــذي يمــس العقد الأصلي من شأنه أن يمس أيضا اتفاق التحكيم فإن كلا منهما يعد بــاطلا[155]، ولا يكون لمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم في هذه الحالة أي أثر. أما إذا كان البطلان خاص بالعقد الأصلي فقط، كما لو كان العقد ذاته مخالفا لقاعدة من النظــام العــام مثلا، ففي هذه الحالة يمكن التمسك بمبدأ إستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وبالتالي عدم تأثره بما لحق هذا الأخير من بطلان. وعليه فإن مبدأ الإستقلالية عن العقد الأصلي يسمح بالإبقاء على اتفاق التحكيم صحيحا ومنتجا لآثاره، طالمــا أن هذا الأخير لم يكن قد لحقه أي عيب من عيوب الإرادة، وطالما أن محله وســببه ليس مخالفا للنظام العام[156_157].

---

152 -تراري تاني(مصطفى)، " إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، المقال السابق، ص 19.

153 -أنظر FOUCHARD(PH.), GAILLARD(E.), GOLDMAN(B.), Op.Cit. , p226, n° 450.

154 -أنظر عمر التحيوي(محمود سيد)، " شرط التحكيم وجزاء الاخلال به"، المرجع السابق، ص 38 ؛ وانظر كذلك التحيوي (محمود سيد عمر)،" العنصر الشخصي لمحل التحكيم"، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 64.

155- انظر عمر التحيوي (محمد السيد)،"شرط التحكيم وجزاء الإخلال به " ، المرجع السابق، ص 64.

156 -شهاب(عاطف)، المرجع السابق، ص 307.

157 - يرى ماير MAYER أن هذا الإنفصال في المصير بين العقدين، والأخذ به، يتعارض وحالة انتقال اتفاق التحكيم مع العقــد الأصلي في حالة التنازل عن هذا الأخير لصالح شخص آخر، ....ويخلص إلى أن عدم الإرتباط بين العقدين يكون في الحالات التي تخدم اتفاق التحكيم بأن تبقيه صحيحا ومنتجا لآثاره....

تجدر الاشارة إلى أن معظم النصوص القانونية تقرر دائما بخصوص هذه المسألة، بأن مصير اتفاق التحكيم لا يتعلق بمصير العقد الأصلي في حالة عدم صحة هذا الأخير، متجاهلة النص على الحالات الأخرى والتي سبق وأن تطرقنا إليها في المبحث الأول.

فنتساءل، ماهي حدود أو نطاق تطبيق هذه الإستقلالية؟ علما أن إرادة الأطراف وتحبيذ حماية نظام التحكيم بصفة عامة هما معايير تحديد هذا النطاق.

حسبMAYER. أن معظم النصوص القانونية التي أقرت هذا المبدأ تعرضت لحالات بطلان أو عدم صحة العقد الأصلي دون الحالات الأخرى[158]. فيرى أن البطلان ليس هو التبدل أو التغير الوحيد الذي يمكن أن يصيب العقد الأصلي، فهذا الأخير قد يكون موضوع فسخ أو انفساخ أو انقضاء، وفي حالة ما إذا قلنا أن إرادة الأطراف تلعب دورا في تحريك التحكيم فيما يخص كل النزاعات المحتمل وقوعها فيما يخص علاقتهم التعاقدية وتمثل هذه الإرادة أساسا لمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم. فلا يوجد أي سبب لجعل هذه الإستقلالية تطبق على فرض بطلان العقد الأصلي فقط، فالفسخ والإنقضاء....هي حالات أخرى منفصلة عن البطلان يمكن أن تلحق بالعقد الأصلي. وعليه يمكن أن نعتبر أن المصطلح المستعمل لا يجب أن يفهم بمعناه التقني الضيق، بل بالعكس يجب أن يفهم بمعناه الواسع ليغطي كل الإفتراضات أو التبدلات التي قد تصيب العقد الأصلي[159].

وهناك نصوص تبدو أكثر إتساعا من البعض الآخر، مثل ماهو الحال في نص المادة 4/10 من نظام التحكيم غرفة التجارة الدوليةC.C.I حيث تنص:

"La convention d'arbitrage est autonome -distincte-lorseque le contrat liant les parties est nul ou inexistant"

غير أن مايرMAYER يرى أنه من الصعب أن نقبل بصحة اتفاق التحكيم في حالة ما إذا كان العقد الذي يتضمنه ليس له وجود، فلا يمكن أن نتصور أن إرادتين لم تلتقيا على عقد أصلي لأنها منعدمة يمكن أن تصلح على اتفاق التحكيم[160]. ذلك أن

---

158 -يرى أن المادة 2/04 من العقد الموحد بتاريخ 99/03/11 لا يقر بهذه الإستقلالية إلا في حالة بطلان العقد الأصلي حيث جاء في نص المادة:" صحة اتفاق التحكيم لا تتأثر ببطلان العقد الأصلي...

159-أنظر

- MAYER(P.), Op.Cit. p84, n°133 et 134.

160 -أنظر

-MAYER(P.), Op.Cit., P 85, n° 134.

إنعدام التعبير عن رضاء الأطراف بالعقد الأصلي يرتب إنعدام العقد ذاته، وبالتالي لايمكن أن نقول بأن هناك اتفاقا مستقلا عن العقد الأصلي[161].

إن حكم هذه المادة يطرح بصفة عامة مشكل تحديد حالات منطقيـــة التـــي تعلق بتطبيق مبدأ إستقلال اتفاق التحكيم، وهو ماتطرقنا إليه ســـابقا بشـــيئ مـــن التفصيل، ولابأس أن نعود إليه في هذا المقام لتعلقه أساسا بهذا الأثر.

الحد الأول: ناتج عن الإرادة الصريحة للأطراف، فإذا اتفق الأطـــراف صـــراحة على عدم إخضاع النزاعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي للتحكـــيم[162] والعكـــس صحيح[163]، فيجب إحترام هذه الإرادة. غير أنه يجب التوضيح أنه في حالة غياب للتعبير الصريح للأطراف في تحديد هذه المسألة، فللمحكمين بنـــاءا علـــى مبـــدأ الإستقلالية ليسوا مؤهلين للفصل في نزاع حول بطلان العقد الأصلي فحسب ولكن لهم أن يخلصوا إلى النتائج القانونية الموضوعية المناسبة لهذا البطلان[164].

الحد الثاني: يتعلق ببعض أسباب البطلان التي يمكن أن تشوب العقد الأصلي وفي نفس الوقت اتفاق التحكيم، هذه الأسباب لا يمكن أن تكون متعلقة بســـبب ومحـــل العقدين، لأن كليهما مختلفين عن بعضهما في العقدين، ولكن تتعلـــق بـــالأطراف. فأسباب بطلان عقد ما قد تكون نتيجة لعيـــب فـــي شـــرروط صـــحته المتعلقـــة بالأطراف– تراضى، أهلية– يمكن أن نتصور شرط يتعلق بالأطراف، يمس في نفس الوقت العقد الأصلي واتفاق التحكيم بطريقة تجعل كلا منهما غير صـــحيح، كما هو الحال في حالة غياب سلطة إمضاء أحد الطرفين. فإذا لـــم يكـــن لأحـــد الأطراف السلطة (الحق) لإبرام عقد أساسي، هذا العيب سيلحق العقدين أي العقـــد الأصلي واتفاق التحكيم[165].

الحد الثالث: يتمثل في الغياب الكلي للتراضي (الإرادة)، من الملاحظ في الواقـــع أن ينتج اتفاق التحكيم أثره في حين أنه لم يكن لا إيجاب ولا قبول سواء بالنســـبة للعقد الأصلي أو اتفاق التحكيم. من أجل هذا يرى ماير MAYER يجـــب أن يـــتحفظ

---

161 –شهاب (عاطف)، المرجع السابق، ص 307.

162 –أنظـــر MAYER(P.), "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire " , Rev.Arb. 1998, p. 364.

163 –ويتجلى ذلك في حالة ما إذا تضمن عقد ما اتفاق تحكيم واشترط الأطراف أن يدفع أحدهما إلى الآخر مبلغا من المال في حالة بطلان العقد الأصلي، فهم من هذا التعبير على إخضاع هذا النزاع للتحكيم.

164 –أنظـــر - MAYER(P.), "Les limites de la séparabilité", Op.Cit, p85, n° 135

165 –أنظـــر -MAYER(P.), Op.Cit., p85, n° 135.

علىالنصوص التي لا ترى في انعدام العقد الأصلي سببا لإنعدام أثر اتفاق التحكيم وأنه يجب على كل حال تعيين نطاق محدد لهذا الحكم من نظام التحكيم، فإنعـــدام اتفاق التحكيم لا يعني دائما انعدام العقد الأصلي، ولكن إذا رأى أن الإنعـــدام قـــد شاب العقدين، فعليه أن يعلن عدم إختصاصه، وأنه لا يمكن أن يحكم بـــأكثر مـــن إنعدام اتفاق التحكيم[166].

على العموم فقد أثارت حالة انعدام العقد جدلا فقهيا، حيث ذهب جانب مـــن الفقه [167] إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي فإنـــه مع ذلك يتأثر بمصير العقد في حالة عدم وجوده أي انعدامه، وبعبارة أخرى فـــإن مبدأ استقلال شرط التحكيم لا يمكن التمسك به إلا في حالـــة بطـــلان العقـــد دون انعدامه.

في حين يرى جانب آخر من الفقه[168] أن التفرقة بين بطلان العقد الأصـــلي وإنعدامه تفرقة لا مبرر لها. فإستبعاد إستقلال اتفـــاق التحكـــيم بحجـــة أن أحـــد الأطراف يدعي عدم وجود العقد الأصلي، وبالتالي رفـــض الإعتـــراف للمحكـــم بالفصل في إختصاصه في مثل هذه الحالة من شأنه أن يفتح الباب مرة أخرى أمام الوسائل الإحتييالية التي إستهدف مبدأ إستقلال اتفاق التحكيم تفاديها.

إن مجرد الإدعاء بعدم وجود العقد لا يكفي لإستبعاد اختصـــاص المحكـــم، فللمحكم أن يفحص الأساس الصحيح لهذا الإدعاء وإذا أثبـــت بالفعـــل أن العقـــد الأصلي لا وجود له (لعدم توفر أحد الأركان مثلا) فيجب عليـــه بـــدون شـــك أن يقضي بعدم إختصاصه، إذا ما بدى له أن هذا الإنعدام يلحق أيضا اتفاق التحكيم، ليس كمجرد نتيجة مترتبة على إنعدام العقد الأصلي. ولكن لأن سبب الإنعدام الذي لحق بالعقد الأصلي قد لحق أيضا اتفاق التحكيم.

---

166 -أنظـــر - MAYER (P.), Op. Cit. p86, n °135.

167- -SANDERS (P.), "L'autonomie de la caluse compromissoire " liber amicorum, chambre de commerce international, publication, 1978, p31 et s, spec p 34- FOUCHARD(PH.), "le règlement d'arbitrage.." Op.Cit, p836 et 837.

في هامش كتاب حسين محمد أبور زيد (سراج) ،ص 220 المرجع السابق، حيث جاء:

"L'autonomie de la clause compromissoire ne joue en réalité que dans la seconde hypotèse , celle ou seule la validité du contrat pricipal est déniée. C'est seulement s'ils constatent la nullité du contrat principal(et non l'existence) que l'autonomie est utile".

168- -GOLDMAN(B.) , Op.Cit. J-Cla D.I. , Fasc 586-1 n10.

وفي هذا المقام يرى البعض[169] أن التفرقة بين المسألتين، بطلان العقد الأصلي وانعدامه رفضتها بشكل صريح الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام 1961 وذلك عندما نصت على أن محكمة التحكيم تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الأصلي الذي يشكل اتفاق التحكيم جزءا منه، مايؤكد رفضها للتفرقة بين البطلان والإنعدام. كما رفضتها لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 2/21 ، وكذلك القانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة المذكورة عام 1985 في المادة1/16، ولائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية المادة 4/8 ولائحة تحكيم الجمعية الامريكية للتحكيم .A.A.A في المادة 1/15.

وقد ذهب البعض إلى أن القول بأن هذه التفرقة بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه رفضتها صراحة اتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961 والقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1985، ولائحة التحكيم الصادرة عن نفس اللجنة المذكورة عام 1976، ولائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، وتلك السارية لدى غرفة التجارة الدولية، هو قول لا يمكن التسليم به. فالاتفاقية الأوروبية لم تتعرض على الأقل صراحة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ولا للآثارالمترتبة عليه وهو ما أقر به أصحاب هذا الرأي، حتى يمكن القول بأن الاتفاقية الأوروبية ترفض أو تقر التفرقة بين حالة انعدام العقد وبطلانه.

أما بالنسبة للقوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم يبدو أنها تناصر الرأي الذي يميز بين حالة بطلان العقد وانعدامه، فالقانون الجزائري نص في المادة 458مكرر1 فقرة أخيرة :" لايمكن الإحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح"، وعدم الصحة تعني لدى الجمهور البطلان. والقانون المصري قد أشار صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو انقضاء دون أن يشير إلى حالة إنعدام العقد.

وفي نفس الإتجاه سار التشريعان السويسري و الإسباني حيث أشارت هذه القوانين صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بعدم صحة العقد الأصلي أو بطلانه دون أن تشير إلى حالة انعدامه.

---

169 - السيد الحداد (حفيظة)، "الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ..."، المرجع السابق، ص 47-48.

وقد سارت في نفس الإتجاه محكمة النقض الفرنسية، ففي حكمها الصادر في 1990/07/10 في قضية شركة CASSIA ضد شركة PIA INVESTEMENT Ltd[170]، قضت محكمة النقض بأنه: " في مجال التحكيم الدولي، فإن استقلال شرط التحكيم يتقيد بوجود العقد الأصلي من حيث الشكل الذي يتضمن شرط التحكيم المتمسك به، ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة طبقا للقانون الذي يحكم شكل العقد وفقا لمبادئ القانون الدولي الخاص".

وبهذا تكون محكمة النقض الفرنسية قد أخذت بالتفرقة بين انعدام العقد وبطلانه، فاتفاق التحكيم لا يكون له وجود إذا كان العقد الذي يتضمن هذا الاتفاق لا وجود له، ومن ثمة فإن عدم وجود العقد يعد القيد الوحيد الذي يرد على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم اتجاه العقد الوارد فيه[171].

وعليه فإن الأثر الأول الذي يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو عدم تأثر هذا الأخير بما قد يلحق العقد الأصلي من أسباب البطلان أو فسخ أو إنقضاء، وأن اتفاق الأطراف على عدم إخضاع إحدى الحالات السابق ذكرها للتحكيم أو إذا كان سبب بطلان العقد الأصلي هو سبب لبطلان اتفاق التحكيم، كما لو غاب التراضي في العقد الأصلي واتفاق التحكيم في نفس الوقت وهو ما يعد قيدا وحيدا يرد على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[172].

الفرع الثاني

إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي[173]

170 –أنظر -Cass.Civ. 10/10/1990, Rev.Arb.1990, p851 ;

note MOITRY(J.H) وقد جاء بهذا الحكم:

" En matière d'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite dans l'existance, en la forme de la convention principale qui contienderait la clause invoquée. Cette existence doit nécessairement s'apprecie d'après la loi qui, selon les principes de droit intenational privé régit la forme de la convention".

171 –حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 223.

172 –حسين محمد أبو زيد(سراج)، المرجع السابق، ص226؛

MAYER(P.),"Droit de l'arbitrage", 0p. Cit. , p85-86; MAYER (P.), " Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", Rev. Arb., 1998, n° 02, p 362-363

173 –وهذا الأثر هو الذي مهد الطريق للأخذ بنظرية الإستقلالية بوجهها الثاني. أنظر تراري(تاني)، " إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، المقال السابق، ص 12.

المقصود من هذا الأثر، فك الإرتباط بالعقد الأصلي[174]، وعليه فليس لازما أن نُخضع اتفاق التحكيم إلى نفس القانون الذي يخضع له العقد الأصلي.

ويطلق البعض[175] على هذا الحل أو هذه القاعـــدة l'autonomie de rattachement أي استقلالية في الإسناد. وهي تعني أن اتفاق التحكيم يمكن أن يخضـــع لقـــانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، وبأكثر وضـــوح، مثـــل هـــذه الإستقلالية في الإسناد تسمح للطرفين بأن يختارا قانونان مختلفان[176] واحد يطبـــق على العقد الأصلي والآخر يطبق على اتفاق التحكيم[177].

وهو ماذهبت إليه معاهدة روما في 1980/06/19 حول القـــانون المطبـــق على الإلتزامات التعاقدية حيث يشكل شرط التحكيم جـــزءا مســـتقلا partie distincte يمكن للمتعاقدين كما للمحكمين إخضاعه لقانون مختلف عن ذلك المطبق على العقد الأصلي[178].

كذلك اتفاقية نيويورك وفي مادتها 1/5 أخذت بهذا الحل في حالة ما إذا لم يعـــين الأطراف القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، حيث نصت على أنه فـــي حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم فـــإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يكون هو قانون مكان إصدار قرار التحكيم la loi du pays ou la sentence a été rendue، كما أن هذا التعدد في إمكانية إختيار قانونين مختلفين للعقد الأصلي واتفاق التحكيم استقر عليه الاجتهاد القضائي وكذلك بعـــض القوانين الوضعية[179]، وكذلك في قرارات التحكيم. كما أخذ القضاء الفرنسي بهذه النتيجة في العديد من أحكامه ويمكن أن نذكر من ذلك حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 1982/10/21 ففي هذا الحكم قضت محكمة إستئناف باريس على أن مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع كانت مستقلة على الأقل بشكل

---

174 -أنظر الأحدب (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 119؛ عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 119؛ -FOUCHARD (PH.), Op.Cit, P 114-

175 -أنظر -MAYER(P.), "Droit de l'arbitrage", Op.Cit. P 86, n° 137.

176 - يمكن أن نتصور أنه يطبق حتى أكثر من قانونين، كأن يكون قانون العقد الأصلي هو القانون الفرنسي، وقـــانون اجـــراءات التحكيم هو القانون السويسري، وقانون صحة اتفاق التحكيم هو قانون آخر.

177 -أنظر السمدان (أحمد)، "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مقال منشور في مجلـــة الحقـــوق ســـنة17، 1993، العدد الأول، ص186؛ أبو زيد رضوان، "الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي"، مقال منشور في مجلـــة الحقـــوق والشريعة ، السنة الثالثة، 1979، العدد2، القسم الثالث، ص 29؛ و بن الشيخ (نور الدين)، الرسالة السابقة، ص 98.

178 -أنظر GAILLARD(E.), 25 –Op. Cit. , p. 9, n°

179 -أنظر السمدان (أحمد)، المقال السابق، ص 183.

ضمني في محضر تولية المحكمين عن تلك المتعلقة بالقواعد التي تـنظم مسـألة اختصاص المحكمين. ثم أردفت محكمة الإسـتئناف قائلـة أن القـانون الواجـب التطبيق لتحديد نطاق و آثار شرط التحكيم المنشئ لتحكيم دولي لا يجب أن يختلط بالضرورة مع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[180].

كما ذهبت محكمة إستئناف باريس إلى القضاء بأن : تنفيذ اتفاق التحكـيم لا يخضع بالضرورة إلى القانون الذي يخضع له العقد الأصلي الذي يوجـد اتفـاق التحكيم ضمنه[181].

وكذلك في قرارها الصادر في 1983/10/21 رفضت المحكمة الإستئنافية طلـب الدفع ببطلان قرار تحكيمي بسبب عدم تطبيق هيئـة التحكـيم القـانون الواجـب التطبيق على العقد الأصلي على مسألة تحديد إختصاصها والذي هو فـي الواقـع متعلق بصحة اتفاق التحكيم[182].

كما أيدت المحكمة العليا قرار قاضي الموضوع القاضي بعدم تطبيق قانون العقـد الأصلي على تفسير اتفاق التحكيم المتضمن فيه[183].

وكذلك في قضية حديثة نسبيالـ sonetex في 199/03/03[1] أيـدت محكمـة العليا قرار المحكمة الإستئنافية باريس، التي قضت بوجود تفاق التحكيم دون قانون العقد الأساسي، بالنظر لإستقلالية هذه الاتفاقات عن العقد الأصلي فـي التحكـيم التجاري الدولي، حيث قضت بأنه:" في مجال التحكيم التجاري الـدولي أن مبـدأ صحة وإستقلال شرط التحكيم، يكرس استقلال اتفـاق التحكـيم إتجـاه الأحكـام الموضوعية للعقد المتعلق به، وكذلك القانون الداخلي الواجب التطبيق علـى هـذا العقد".[184] _[185].

180- -"La loi applicable pour la detemination de la portée et des effets de la clause compromissoire instituant un arbitrage international ne se confondait pas nécessairement avec le droit applicable au fond du litige".

181 -أنظر - Rev. Arb.1977, p158; note FOUCHARD(PH.).

182 -أنظر -Rev.Arb. 1984, p98; note CHAPELLE(A.) .

183 -أنظر -Rev.Arb1984. p 483; note RONDEAU RIVIER(M.C)

184 -أنظر -Cass. Civ. le 04/03/1992, Rev.Arb.1993, p272.

185 -أنظر -Cass. Civ. 26/03/1991, Rev.Arb1991, p 456; TALLON(H.) note GAUDEMENT

كذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1983/12/14[186] إلى تأييد ماقضت به محكمة الاستئناف من عدم تطبيق القانون الذي يحكم العقد بصدد تفسير شرط التحكيم المدرج به على نحو ما تمسك الطاعن، وقررت أن اتفاق التحكيم في مسائل التحكيم الدولي يتمتع بإستقلالية قانونية كاملة اتجاه العقد الوارد فيه.

كما أن قضاء التحكيم الدولي، يقر أيضا أنه وإعمالا لمبدأ الإستقلالية يكون القانون الواجب التطبيق على هذه الاتفاقات مختلفا عن ذلك الذي يحكم موضوع العقد الأصلي[187].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فكما سبق وأن ذكرنا في موضع سابق فقد نصت المادة 458مكرر 3/1 تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفقت الأطراف على إختياره وإما القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي، وإما القانون الجزائري".

وبالتالي فقد أعطى المشرع حق الإختيار للأطراف القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي ما هو إلا اختيار من هذه الإختيارات.

كما أخذت بهذه النتيجة المترتبة على مبدأ إستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بأمستردام في 1958 حيث نص القرار

"Les conditions de validité du compromis et de clause compromissoire ne sont pas nécessairement soumises à la même loi que celle appliquée au rapport litigieux"

فقد نصت المادة 6 من التوصيات التي أصدرها المجمع في هذه الدورة على أن:" صحة مشارطة التحكيم كذلك شرط التحكيم لا تخضع بالضرورة لنفس القانون المطبق على العلاقة محل النزاع".

وعليه فإن الإتجاه السائد الأن في الفقه والقضاء وكذلك قرارات التحكيم أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يترتب عليه إمكانية إخضاع هذا الاتفاق لقانون يختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد موضوع النزاع، فلا يشترط أن يخضع اتفاق

186– "En matière internationale le principe de validité et l'autonomie de la clause compromissoire consacre l'indépendence de la convention d'arbitrage à l'égard tant des dispositions substantielles du contrat auquel elle se rapporte, que de la loi interne applicable à celui -ci".
--Cass .Civ.14/12/1983 Rev. Arb. . p483; note RIVER(R)

187 – -Sentence C.C.I rendue dans l'affaire n° 4504 en 1985, J.D.I 1986, p1118; note JARVIN(S.).

التحكيم لنفس القانون الذي يحكم العقد الأصلي[188]، فيجوز للأطراف أن يختاروا قانونا معينا ليحكم العقد الأصلي، وقانون آخر ليحكم اتفاق التحكيم وإذا لم يكن هناك تعبير صريح من قبل الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم فذلك لا يعني حتما إخضاع هذا الاتفاق للقانون الذي يخضع له العقد الأصلي، وإنما يمكن لهيئة التحكيم أن تختار أكثر القوانين المناسبة والملائمة لتطبيقه على هذا الاتفاق[189].

الفرع الثالث

مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي و مبدأ الإختصاص بالإختصاص

لقد ثار جدل حول العلاقة الموجودة بين مبدأ إستقلال اتفاق التحكيم، ومبدأ الإختصاص بالإختصاص، فهناك من يرى أن كلاهما مبدأ واحد وأن الإختلاف في التسمية فحسب، و هناك جدل حول أوسع المبدأين ومن منهما يشمل الآخر[190]. لكن في بحثنا هذا سندرس المبدأين على أساس أن الثاني هو نتيجة غير مباشرة للأول وهذا بعد تعريف موجز لمبدأ الإختصاص بالإختصاص ومدى أخذ القوانين به.

إن الإتجاه الحديث يعطي للمحكم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بمدى إختصاصه لحل النزاعات الناشئة عن العقد الأصلي. فهيئة التحكيم هي المختصة بالفصل بكل ما يتعلق بالدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها، وهو مبدأ هام في نظام التحكيم[191]. وكذلك لهيئة التحكيم الحق في أن تنظر في الإدعاءات التي يتقدم بها الأطراف حول بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم، فهيئة التحكيم لها سلطة التصدي لإعتراضات المثارة بمناسبة التحكيم، بما في ذلك تلك الناشئة عن التأثير المتبادل بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، دون حاجة إلى وقف إجراءات التحكيم وطرح تلك المشكلات على قضاء الدول ليفصل فيها[192].

188- -Sentence C.C.I . rendue dans l'affaire n° 5730 en 1988 J.D.I .1990, P1003.

189 -أنظر الأحدب (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 156.

190 - -GAILLARD(E.), Op, Cit , p 10, n° 28.

191 - أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 109. ؛ JAQUET(J.M.) Op.Cit., p 25

192 - أنظر عبد القادر (ناريمان)، المرجع السابق، ص 332 ؛ عبد العليم الرفاعي (أشرف)، "النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي-دراسة فقهية وقضائية مقارنة"، دار الفكر الجامعي، ص60.

وعليه فقد أصبح التطور الحديث يعتبر المحكم قاضيا، وطالما أن القاضي يملك سلطة التحقيق في حدود إختصاصه فإن المحكم يملك نفس السلطة[193]. والميزة العملية لهذا المبدأ أنها تتجنب شل فعالية التحكيم لمجرد إثارة موضوع عدم اختصاص المحكم، مع أن السرعة من دواعي اللجوء إلى التحكيم[194]. وإثارة مسألة إختصاص المحكم مسألة فرعية تفصل فيها ذات الجهة القضائية (محكمة دولة، أو هيئة تحكيم)، التي تنظر النزاع الأصلي لأن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع.

نود أن نشير إلى الفرق بين المبدأين :

مبدأ الإستقلالية هو إبعاد أو إخراج اتفاق التحكيم عن كل التقلبات والتغيرات التي يمكن أن تلحق بالعقد الأصلي، فعدم صحة العقد الأصلي مبدئيا لا تأثر على صحة اتفاق التحكيم، وغياب هذا التأثير يظهر أولا في أن للمحكم أن يفصل حول مسألة صحة العقد الأصلي من عدمها[195].

بعبارة أخرى عدم صحة العقد الأصلي لا تأثر على إختصاص المحكم. وبصفة أدق هذا المظهر الإجرائي يعرف تحت إسم الإختصاص بالإختصاص، هذه القاعدة تعني أن المحكم مختص ليفصل حول إختصاصه، حتى ولو كان موضوع النزاع هو بطلان العقد الأصلي أو إتفاق التحكيم[196]. فالحالة الأولى، أي إذا كان الإدعاء بعدم اختصاص المحكم نتيجة لبطلان العقد الأصلي فإن مبدأ الإختصاص بالإختصاص ومبدأ الإستقلالية يصبحان كل منهما يكمل الآخر se confortent mutuellement حيث المبدأ الأول يسير الإجراءات والثاني يبين النتائج الموضوعية لسلطة المحكم.

أما في الحالة الثانية، أي الطعن في اختصاص المحكم على أساس بطلان اتفاق التحكيم فحسب، فإن مبدأ الإستقلالية في هذه الحالة حسب رأي بعض

---

193 -عبد القادر (ناريمان)، المرجع السابق، ص 332.

194 -أنظر -DAVID(R.), Op.Cit. , p 396-397, n° 309.

195-أنظر - DAVID(R.), Op.Cit, p 265, n°209.

196 -أنظر - DAVID(R.), Op.Cit, p 265, n° 209.

الفقهاء [197]، لا يسمح بتفسير اختصاص المحكم لكن مبدأ الإختصاص بالاختصاص وحده يبرر هذا الإختصاص[198]. وبناءا على هذا المبدأ فإن المحكم لا يعتبر مختصا في حالة الإدعاء ببطلان العقد الأصلي فحسب، بل يستطيع أيضا أن يحكم بالبطلان ويفصل في الموضوع، بأن يأمر بإرجاع الحالة إلى ماكان عليها قبل إبرام العقد الأصلي مثلا، أو بالحكم بالتعويض. هذا والقول بإختصاص المحكم بالفصل في الموضوع في حالة الإدعاء ببطلان العقد الأصلي يسمح بالتمييز بين مبدأ الإختصاص بالإختصاص و مبدأ الإستقلالية[199].

و لقد أصبح الإتجاه السائد يعتبر أن مبدأ الإختصاص بالإختصاص نتيجة لمبدأ الإستقلالية ويرون أن الإرتباط بين المسألتين جد مهم، فلو كان اتفاق التحكيم مرتبط بالعقد الأصلي، نتج عن ذلك حرمان المحكم بالنظر في الإدعاء ببطلان هذا العقد، فمن غير المعقول أن يفصل في صحة عقد هو مصدر سلطته، وبالعكس عند القول بإستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي زال هذا المانع، وجاز للمحكم الفصل في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي لأنه لا يستمد ولايته منه، وإنما من اتفاق التحكيم المستقل[200].

وقد نص على هذا المبدأ العديد من النصوص القانونية :

فبالنسبة للمشرع الجزائري ، جاء في تعديله لقانون الإجراءات المدنية رقم 93/09 في المادة 458مكرر7: "تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفع يتعلق بالموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في إختصاصها بقرار أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبط بموضوع النزاع"، ويدخل هذا النص الجديد للقانون الجزائري ضمن النظرة الليبرالية للتحكيم،وضع من قبل المشرع الوطني، و ويهدف إلى إعطاء اقصى حد من الفعالية لهذه الطريقة لحل النزاعات، وذلك بمنح المحكم حرية كاملة في تقرير مدى شرعية و صحة اتفاق التحكيم[201].

---

197 -أنظر -MAYER(P.), OP.Cit, p 84, n° 132; GAILLARD(E),Op.Cit. p10, n° 28.

198 -الأحدب (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص157.

199 -أنظر - MAYER(P.), Op.Cit., p 84, n° 132.

200 -عبد القادر (ناريمان)، المرجع السابق، ص 333.

201 -بكلي(نور الدين)، المرجع السابق، ص99.
-TARARI-TANI (M.), "Les règles d'arbitrage international en algérie", Op.Cit., p. 273.

أمابالنسبة لفرنسا، فقد احتدم في البداية الجدل بشأن إعمال هذا المبدأ، وقد حسم هذا الجدل بنص المادة 1466 [202]من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد والتي تنص": إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس أو في نطاق سلطته القضائية فإن له الفصل في صحة أو نطاق ولايته، وهذه المادة لاتخول المحكمين فقط فحص حدود ولايتهم بمعنى نطاق سلطته القضائية، فإن له الفصل في صحة ونطاق ولايته.

وهذه المادة لاتخول المحكمين فقط فحص حدود ولايتهم، بمعنى نطاق سلطاتهم بالنسبة لاتفاق التحكيم، ولكن أيضا وهذا ما استحدثه المشرع الفرنسي من تجديد، فحص مشروعية ولايتهم بمعنى التحقق من اتفاق التحكيم من حيث صحته أو بطلانه[203].

وكذلك نص المشرع المصري بموجب المادة 22 من قانون التحكيم الجديد رقم27/94:

" تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع".

ومبدأ الإختصاص بالإختصاص المقرر بمقتضى نص المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري الجديد، ينبثق من الطبيعة القضائية لمهمة المحكم فالمحكم هو قاضي إختصاصه[204]، أوبالأحرى هو المقدر الأول لسلطته القضائية فالمحكمون قضاة لنطاق إختصاصهم، وهذا ما قرره المشرع الفرنسي والمصري، فيختصون بفحص نطاق ولايتهم بالنظر إلى تحديد موضوع النزاع كما يستشف من اتفاق التحكيم أو من الطلبات المتبادلة للخصوم، كما أن لهم أيضا الفصل في مدى أو صحة أو مشروعية ولايتهم، فيجب على المحكمين تقدير إختصاصهم متى تم

---

202 – إن هذه المادة جاءت في إطار النصوص الخاصة بالتحكيم الداخلي، فمن باب أولى الإعتراف للمحكمين بمثل هذه السلطة في مجال التحكيم الدولي، حيث أنه من الصعوبة بمكان أن ننكر على المحكمين في المجال الدولي إمتيازا أو سلطة ممنوحة صراحة للمحكمين في المجال الداخلي.

203 – أنظر عبدالعليم الرفاعي(أشرف)، المرجع السابق، ص 60.؛ BLAISE (J.B.) "Droit des affaires", Delta L.G.D.J, 2éd, 1998, p173.

204 – عبد العليم الرفاعي(أشرف)، "النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي" المرجع السابق، ص 61.

الإدعاء ببطلان اتفاق التحكيم ذاته أو سبب عدم قابلية النزاع للتحكيم[205]. وهنـاك قوانين تشريعية أخرى أقرت هذا المبدأ[206].

كما أقرت بعض الاتفاقيات الدولية مبـدأ إختصـاص المحكـم بالفصـل بإختصاصه، فقد نصت المادة 3/5 من الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 على أنـه:" مع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي لا يجـب على المحكم المتنازع في إختصاصه أن يتخلى على القضية، فالمحكم له السـلطة في الفصل في إختصاصه وفي مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر هذا الاتفاق جزءا منه. على أن إقرار المحكم بهذه المسـألة يعتبـر حكمـا مؤقتا، وقد يقضي ببطلانه، أو يرفض الإعتراف به وتنفيذه القاضي الوطني الـذي يفصل في دعوى بطلان قرار التحكيم أو المطلوب منه الإعتراف بقرار التحكـيم وتنفيذه، وهذا هو معنى التحفظ الوارد في الفقرة الثالثة، والذي جـاء فيـه:" مـع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي"[207].

من خلال النص يتضح أن هذه الاتفاقية، قد أقرت مبدأ إختصاص المحكـم بالفصل في إختصاصه عندما يكون موضوع نزاع من قبل أحد الأطراف وإعتبرته التزاما على المحكم حيث أو جبت على المحكم عدم التخلي عـن الـدعوى عنـد المنازعة في اختصاصه.

ويستوي في ذلك أن يكون الدفع بعدم الإختصاص مبنيا على عـدم وجـود العقد الأصلي أو بطلانه، أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه، أو بنـاءا علـى تجاوز المسألة محل النزاع نطاق اتفاق التحكيم وبالتـالي خروجهـا مـن نطـاق إختصاص المحكمين.

كما نصت المادة 1/41 من اتفاقية واشنطن سنة 1965:" تعتبر محكمة التحكيم هي القاضي في إختصاصها". ويتضح من هذا النص أن هذه الاتفاقية قد إعترفت لهيئة التحكيم بالفصل في إختصاصها عندما ينازع فيه أمامها من قبل أحـد الأطـراف، كما أنها نصت على هذا المبدأ بعبارات مطلقة دون تمييز بين حالة الـدفع بعـدم الإختصاص بسبب بطلان العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم.

---

205 – عبد العليم الرفاعي (أشرف)، المرجع السابق، ص 61.

206 –مثل المادة 1027 من تقنين المرافعات الألماني، المادة 2/887 من القانون اليوناني، المادة 1/186 من التقنين الدولي الخاص الجديد السويسري، المادة 1052 من القانون الإيرلندي.

207 – MAZGER(E.), "La compétence des arbitres est indépendante de la convention arbitrale dans la convention arbitrale dans la convention dite Européenne sur l'arbitrage commercial international " ,melange minoli, 1974, p315etS.

كذلك قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري ولوائح التحكيم المعمول بها لدى مراكز التحكيم الكبرى ذات الطابع الدولي. فقد أخذت لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة 1976 بمبدأ إختصاص المحكم بالفصل في إختصاصه، وذلك بنصها في المادة 21 على أنه: "يجوز لمحكمة التحكيم الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة شرط أو اتفاق التحكيم.

تختص محكمة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يعد شرط التحكيم جزءا منه".

كذلك الأمر بالنسبة للقانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة عام 1985، فقد نصت المادة 1/16 منه على أن :" يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في إختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم ....". كذلك لائحة التحكيم المعمول بها لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، فقد نصت المادة 3/8 منها: " إذا أثار أحد الأطراف دفع أو عدة دفوع متعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم، فإن للمحكمة الدائمة لدى الغرفة –بعد التأكد لأول وهلة من وجود هذا الاتفاق –أن تقرر أن التحكيم سيتم، وذلك بدون المساس بقبول هذه الدفوع أو صحته. وفي هذه الحالة، فإن من حق المحكم وحده إتخاذ أي قرار بشأنه".

كما نصت الفقرة 04 من المادة السابقة أنه :" مالم يوجد اتفاق مخالف من قبل الأطراف، فإن الإدعاء ببطلان أو عدم وجود العقد لا يترتب عليه عدم إختصاص المحكم إذا ما إرتأى صحة اتفاق التحكيم".

كما أخذت بمبدأ الإختصاص بالإختصاص لائحة التحكيم المعمول بها لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم في المادة 15، وكذلك الشيء بالنسبة للائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن للتحكيم الدولي فقد أكدت على إختصاص المحكم بالفصل في إختصاصه وذلك في المادة 1/14 والتي نصت على أن :" لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في إختصاصها، بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود اتفاق التحكيم أو صحته..."

من خلال نص هذه المادة نستخلص أن هذه اللائحة قد أسندت لمحكمة التحكيم القيام بفحص مبدئي لمجرد التأكد من وجود اتفاق التحكيم بين الأطراف والإشارة فيه إلى غرفة التجارة الدولية. فإذا ما انتهت إلى عدم وجود هذا الاتفاق

أو عدم وجود هذه الإشارة، كان لها أن ترفض تنظيم هذا التحكيم في كنف غرفة التجارة الدولية.

أما إذا تأكدت من وجود هذا الاتفاق والإشارة فيه إلى غرفة التجارة الدولية وفي هذه الحالة الأخيرة، فإن دور محكمة التحكيم يتوقف عند هذا الحد، ويكون لهيئة التحكيم الفصل في إختصاصها سواء أكان الدفع مبنيا على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو إنقضائه[208].

وكذلك سارت العديد من قرارات التحكيم في هذا الإتجاه ويمكن أن نذكر على سبيل المثال:

قرار التحكيم الصادر في القضية رقم 1526 في سنة 1968، ففي هذه القضية رفضت الدولة المتعاقدة (المدعي عليها) المشاركة في إجراءات التحكيم وتعيين محكم لها. وقد تم تعيين محكم وحيد من قبل محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية ليفصل في النزاع. وقد بدأ المحكم، والذي إتخذ من مدينة برن BERNE بسويسرا مقرا له، بالتأكيد على إختصاصه مقررا أن :" إختصاص المحكم بالفصل في إختصاصه يعتبر قاعدة مسلما بها في مجال التحكيم الدولي.." ثم أضاف المحكم "أن هذه القاعدة ليست ملغاة في القانون الفرنسي وهو قانون مقر التحكيم ولافي قانون الدولة المتعاقدة.."

وهكذا نجد أن المحكم، في هذه القضية، قد أكد على مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في إختصاصه عند المنازعة فيه معتبرا إياه قاعدة ثابتة ومستقرة في مجال التحكيم الدولي، كما إستند في تأييده لهذه القاعدة على عدم وجود ما ينقضها في القوانين المعنية وهي القانون الفرنسي والقانون السويسري وقانون الدولة الطرف.

إن إعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص يدخل ضمن النظرة الليبرالية للتحكيم، وقد عملت معظم النصوص القانونية إلى النص على هذا المبدأ لإعطاء أكثر فعالية لنظام التحكيم الدولي، وهذا بمنح المحكم الحرية الكاملة في تقرير مدى صحة اتفاق التحكيم[209]. فالإدعاء بعدم اختصاص هيئة التحكيم لعدم شمول التحكيم لموضوع النزاع أو إنعدام أو بطلان أو سقوط اتفاق التحكيم لايؤدي إلى وقف التحكيم، فإذا عرض على هيئة التحكيم ما يتعلق بإختصاصها وطعن أحد

---

208 –أنظر GOLDMAN(B.), Op.Cit, J-CL, Dr.Int, fasc 586-5-2, n°699.

–راشد(سامية)، المرجع السابق، ص 126.

209 – بكلي(نور الدين)، الرسالة السابقة، ص 99 ؛ عبد القادر (ناريمان)، المرجع السابق، ص 337.

الأطراف بعدم إختصاصها في نزاع ما فإن هذا الطعن لا يحول دون الإستمرار في إجراءات التحكيم.

وإذا كان البعض يرى أن الدفع بعدم الإختصاص هو دفع أولي، فهناك من يرى أنه دفع جوهري، وقد يتعلق بالنظام العام، كأن يكون النزاع غير قابل للتحكيم أصلا، ويتساءلون عن كيفية تصور لسقوط الدفع في مثل هذه الأحوال؟

إجابة على هذا التساءل يرى "أكثم أمين الخولي"[210] أنه في مثل هذه الأحوال عمليا فإن الدفع لن يسقط إذا كان متعلقا بالدفع بالنظام العام بل سيتراخى الفصل فيه إلى المرحلة اللاحقة على صدور قرار التحكيم وهي مرحلة الطعن ببطلان قرار التحكيم أو الإعتراض على تنفيذه جبرا، بينما لحين أن يفحص مثل هذا الدفع المتعلق بالنظام العام قبل صدور قرار التحكيم ولو تم التمسك به في مرحلة متأخرة نسبيا من سير التحكيم وذلك إقتصادا للجهد والنفقات وتلافيا لصدور حكم تحكيم يولد ميتا.

وأخيرا نشير إلى أنه إذا أثبت المحكم أن اتفاق التحكيم كان باطلا، فلا يجوز له بعد ذلك التصدي للنزاع[211]. ونشير إلى أن هناك من يرى أنه وإن كانت قاعدة الإستقلالية تشكل مظلة واقية للسير بالتحكيم فإن قاعدة الإختصاص بالإختصاص يجب أن تفصل عنها بشكل قاطع[212].

---

210 –موجود في كتاب عبد القادر (ناريمان) ص 337.

211 –عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 111. وهو ما قضت به هيئة التحكيم في قرارها الصادر في 1985/04/17 في قضية بين شركة ألمانية وشركة رومانية ، حيث قضت أنها ليست طرفا في العقد المتضمن شرط التحكيم استنادا إلى نظام الغرفة التجارية الدولية، ونظام التجارة الرومانية ، وتعرضت للاراء المختلفة في القانون الفرنسي ، وانتهت إلى أن الشركة الفرنسية لا يمكنه إختصامها طالما لم توقع على اتفاق التحكيم "، موجود في كتاب لـ"علم الدين(محي الدين اسماعيل، "منصة التحكيم التجاري الدول"،الجزء الأول، 1986،ص 257.

212 –الأحدب (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 157.

المبحث الثاني

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن كل قانون وطني –مبدأ الصحة

بتقرير مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ومنح المحكم سلطة الفصل في إختصاصه، وبإعتبار اتفاق التحكيم –وهو مصدر سلطة المحكم– اتفاق دولي نتساءل عن المعايير التي يجب على المحكم إتباعها للفصل في مسألة مدى إختصاصه، أو بعبارة أخرى معايير تحديد صحة اتفاق التحكيم. فما هو القانون الواجب التطبيق لتقدير صحة اتفاق التحكيم؟

وتكمن الإجابة على هذا السؤال في المفهوم الجديد لمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي. فبعدما أدى مبدأ الإستقلالية عن العقد الأصلي إلى تخليص اتفاق التحكيم من عيوب العقد الأصلي، ظهر إتجاه يخلص اتفاق التحكيم من الخضوع لأي تشريع داخلي يمكن أن يطبق عليه، لتقدير مدى صحته وبالتالي مدى إختصاص المحكم.

وقد أخذت هذه النتيجة لنتيجة بالتطور إلى أن أصبحت مبدأ قائما بحد ذاته يحتاج إلى الكثير من الشرح والإجابة على العديد من التساؤلات. فبما أن اتفاق التحكيم يقوم على إرادة الطرفين،[1] فهل يحق للطرفين الاتفاق على أن لا يخضعوا اتفاقهم إلى أي قانون وطني؟

أن نظرية التمركز القانوني[2]–[3] ترفض ذلك، فكل عقد يجب أن يخضع لمعايير أو شروط مادية كالكتابة، تسليم بضاعة، دفع ثمن، إصدار قرار التحكيم، تنفيذه، وهي بطبيعة الحال تتمركز في بلد أو أكثر، وعليه فيجب أن يطبق القانون الأنسب لأحد هذه البلدان على اتفاق التحكيم.

وطبقا لهذا قضت محكمة النقض الفرنسية أنه كل عقد دولي يجب أن يخضع أو يسند إلى قانون[4]. وفي المقابل، إذا كان للأطراف حق اختيار قانون العقد، يمكن أن نتصور أن لهم حق ابعاد أي قانون تنازع لصالح قانون وطني

---

1 –السمدان(أحمد)، المقال السابق، ص175.

–2 - "Contrats commeriaux internationaux" , J.Cla. Comm.. Fasc. 335 , p. 13 etS .

3– أنظر عبد العليم الرفاعي (أشرف)،" القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية– دراسة فقهية وقضائية مقارنة"دار الفكر الجامعي 2003، ص63؛ السمدان (أحمد)، المقال السابق، ص185 ؛ أبو زيد رضوان،" الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي "، المرجع السابق، ص136.

– 4 "Tout contrat international est nécessèrment rattaché à la loi d'un Etat ", Cass.Civ. 21 /06/1950.mesageries maritimes; Note MERCADEL (B.)."Ordre public et contrat international", Dr. Pra. Com. Int. 1977, p. 457.

مختار كقانون عقدي، ويمكن أن نتصور أن لهم الحق في إبعاد أي قانون وطني لصالح قواعد التجارة الدولية LEX MARCATORIA، أي إعطاء قيمة قانونية للإشتراطات، وهكذا تكفي إرادة الأطراف لإعطاء قيمة قانونية لبنود العقد، فيكون العقد صحيح استنادا لإرادة أطرافه[5]. ولقد كان هذا الرأي محل جدل فقهي كبير[6]، لكن هذا ليس محل بحثنا.

عمليا، فإن النص صراحة على شرط عدم إخضاع العقد لأي قانون وطني نادر، وإخضاعه لقواعد التجارة الدوليةLEX MARCATORI أمر نادر كذلك،وهذا راجع لتخوف المتعاملين في التجارة الدولية من عدم العلم بهذه القواعد، التي قد لا تحمي مصالحهم، لكن درج على قبول هذا الشرط من طرف المحكمين في التجارة الدولية.

وعليه فإن مسألة تحديد مدى صحة ووجود اتفاق التحكيم لها إرتباط وثيق بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته، حيث لا يمكن أن يحكم بوجود أو صحة اتفاق التحكيم إلا إستنادا إلى قانون معين، والسؤال المطروح ما هو القانون الواجب التطبيق للقول بوجود وصحة اتفاق التحكيم؟

كذلك مسألة تحديد صحة ووجود اتفاق التحكيم تكون في حالتين أو مستويين الحالة الأولى: أمام القاضي العادي في حالة الدفع ببطلان قرار التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم، أو أمام هيئة التحكيم نفسها. وهنا كذلك نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: اتفاق الأطراف على قانون يطبق على اتفاق التحكيم ففي هذه الحالة يجب أن تحترم إرادة الأطراف سواء من طرف هيئة المحكمين أو من طرف القاضي الوطني.

الحالة الثانية :عدم الاتفاق الصريح على قانون ليطبق على اتفاق التحكيم، فهنا نتساءل ما هو القانون الواجب التطبيق ؟

هناك جدل قائم حول هذه المسألة، واختلاف شديد في الأراء، ويظهر هذا الإختلاف سواء من خلال نصوص القوانين الوطنية أو المعاهدات و الأحكام القضائية وقرارات التحكيم. حيث أنه وبإعتبار اتفاق التحكيم أنه اتفاق دولي،

---

5 -أنظر السمدان (أحمد)، المقال السابق، ص 174.

6 -أنظر حول هذه المسألة (.note GOLDMAN (B ;J.D.I., 1979, p 475-

فالمفروض أنه عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق تطبق قواعد القانون الدولي الخاص والغالب أنه يطبق على العقد الدولي قانون الإرادة[7].

لكن الجدل الذي ثار حول طبيعة اتفاق التحكيم أدى إلى اشكالات صعبة، فالقائلين بإجرائية اتفاق التحكيم يخضعونه لقانون محل الإبرام (أو مكان صدور الحكم)، والقائلين بالطابع العقدي لاتفاق التحكيم يخضعونه لقانون الإرادة.

إن اختيار قانون ليطبق على اتفاق التحكيم وفق منهج التنازع هو مسألة شائكة، وهذه الصعوبة ناتجة للاختلاف في تحديد تكييف اتفاق التحكيم كما سبق وذكرنا. و من جهة أخرى تطبيق قواعد التنازع يؤدي غالبا إلى اختلاف في الحلول.

وهناك إشكال آخر يتمثل في أنه إذا كان القاضي الوطني يمكن - ولو صعب الأمر- أن يُخضع مسألة وجود وصحة اتفاق التحكيم - لقانون قواعد التنازع لبلد معين، فإن المسألة أكثر صعوبة بالنسبة للمحكم، الذي لا يملك قانون إختصاص معين.

ولهذا تطور مفهوم مبدأ الإستقلالية عن العقد الأصلي إلى مبدأ الإستقلالية عن كل قانون وطني وسنتطرق إلى مضمونه في(مطلب أول)، و إلى مدى تكريسه في (مطلب ثاني).

المطلب الأول

مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

عن كل قانون وطني –مبدأ الصحة

بعد أن كرس مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في معظم النصوص القانونية والإجتهاد القضائي والتحكيمي، وتصديا لمناورات وتحايل الأطراف للعدول عن اتفاق التحكيم مما يؤثر على فعالية اتفاق التحكيم، ظهر مفهوم جديد لإستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي يفك الإرتباط ليس فقط بينه وبين العقد الأصلي المتعلق به، وإنما ذهب إلى حد أبعد من ذلك بتقرير مبدأ الإستقلالية عن كل قانون وطني داخلي يمكن أن يخضع له اتفاق التحكيم بأن أصبح اتفاق التحكيم صحيحا وقائما بمجرد اتفاق الأطراف عليه.

---

7 -المادة 18 من التقنين المدني الجزائري.

الفرع الأول

تعريف مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

عن كل قانون وطني –مبدأ الصحة

إن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني هو مفهوم ثان أو التصور الحديث لإستقلالية اتفاق التحكيم. فحسب FOUCHARD [8]، فالإستقلالية بهذا المعنى لم تعد تعني فقط الإستقلالية عن العقد الأصلي، وإنما الإستقلالية بالنسبة لمختلف القوانين الوطنية التي يخضع اتفاق التحكيم لها بتطبيق منهج التنازع المعروف في إطار علاقات القانون الدولي الخاص.

لكنه يرى أن الإستقلالية بهذا المعنى، يمكن أن يُأخذ عليه أنه يضعنا أمام حالة العقد بدون قانون[9]. إلا أن الواقع يبين أن الأخذ بمبدأ الإستقلالية عن كل قانون وطني ليس بهذا المعنى، وإنما المقصود هو إيجاد طريقة لتحديد المعايير الواجب تطبيقها لتقدير صحة التحكيم[10].

ويضيف أن هذه المعايير تتجلى في ثلاث: الطريقة التنازعية، طريقة القواعد المادية، والطريقة التي تجمع بين المنهجين السابقين infavorem[11].

أما بالنسبة لبيار ماير MAYER.P فهو يرى أنه إذا كانت الإستقلالية الموضوعية تتعلق بعلاقة اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي الذي يتضمنه، فإن الاستقلالية القانونية تتعلق بالنظام القانوني الذي يجب أن يخضع له اتفاق التحكيم، وبإعتبار أن اتفاق التحكيم هو اتفاق دولي فمن المفروض أن يخضع لقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق وإلى منهج التنازع. إلا أن في الممارسات الحديثة لنظام التحكيم بدأت تبتعد شيئا فشيئا عن هذا المنهج لتحديد القانون الواجب التطبيق. وعليه اقصاء منهج التنازع وطريقة الإسناد ومحاولة إستغراق Absorption هذه الإستقلالية في مبدأ صحة اتفاق التحكيم[12]. وعليه

---

8 –أنظر -FOUCHARD(PH.) , GAILLARD(E.), GOLDMAN(B.), Op.Cit. , p234, n°420.

9 –راجع مؤلف عبد الكريم سلامة (أحمد)، "نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية"،دار النهضة العربية،1989؛

JARROSSON(CH.), " Contrat Commerciaux Internationaux" J. CL.D.I, Fasc335, p 13, n°3.

10 –أنظر أبو زيد رضوان،" القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع" المقال السابق، القسم الرابع ، ص 9؛ تراري تان(مصطفى) " إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي "المقال السابق، ص 15.

11 – السيد الحداد (حفيظة)، "الإتجاهات معاصرة بشأن اتفاق التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص54 و مايليها، –GAILLARD(E.), Op. Cit , p. 11 et S.

–12 -MAYER (P.):

فإستقلال اتفاق التحكيم الدولي يجب تقديره ليس فقط بالنسبة لإشـــتراطات العقــد الأخرى ولكن أيضا بالنسبة لكل قانون وطني لدولة معينة[13].

نلاحظ من خلال التعاريف المذكورة أن الفقه وفي غياب تعريف قانوني أو قضائي للمبدأ، يفضل أن يكون تعريفه أولا بالإشارة إلى المنهج التقليدي المطبــق على العقود الدولية وهو منهج التنازع، وأنه منهج لا يتناسب مع اتفــاق التحكــيم التجاري الدولي، لكون هذا الأخير هو عبارة عن اتفاق ذو طابع مختلط، وبالتـــالي فإن عملية التكييف والإسناد عملية طويلة وصعبة، وأن الهدف من اللجوء لنظـــام التحكيم هو السرعة. وتفاديا لهذه الصعوبة، ظهر حل يتمثل فـــي الأخـــذ بقاعـــدة إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي(أو مبدأ الصحة) كقاعدة مادية دولية.

وقد تجسد هذا المبدأ لأول مرة في حكم محكمة استئناف باريس في قضـــية هيشت HECHETالصادر في 19 يونيه،1972[14]،(وقد سبق ذكره)، فبعد أن أكدت محكمة الإستئناف إستقلال اتفاق التحكيم إتجاه العقد الأصلي بعبارات مرادفة لتلك التي استخدمها القضاء في قضية غوسي، ذهبت إلى مدى أبعد من مجرد ترتيـــب النتائج التي تترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذي يتضمنه. فهـــذا الحكم لم يسند اتفاق التحكيم إلى قانون وطني لدولة معينة، وإستخلص صحة هـــذا الاتفاق من مجرد اتفاق إرادة الأطراف على اللجوء إلى التحكيم.

وقد أيدت محكمة النقض هـــذا الحكـــم بموجـــب حكمهـــا الصـــادر فـــي 04يوليو1972 بموجب هذا الحكم فقد قررت محكمة النقض قاعـــدة موضـــوعية مفادها صحة اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية الخاصة أيا كان القانون الداخلي واجب التطبيق، سواء كان هذا القانون هو القانون الفرنسي، أم هو قانون أجنبـــي،

"Alors que l'autonomie substentièlle envisage la convention d'arbitrage dans ses rapport avec le contrat qui la contient l'autonomie juridique vise le régime juridique de la convention d'arbitrage c'est -à- dire les règles qui la gouvernent. =Le régime juridique de la convention d'arbitrage lorsequ'il s'agit d'une convention d'arbitrage international ou sens de droit international privé peut être déterminé sur la base d'un raisonnement de type conflictuel. Dans cette hypothèse, l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage se manifeste par l'autonomie de rattachement de la convention par rapport au contrat qui la contient .

La pratique contemporaine du droit de l'arbitrage écarte cependant de plus en plus fréquemment, la technique conflictuelle dans la détermination du régime juridique de la convention .L'autonomie juridique se manifeste , alors par l'exclusion de la méthode du rattachement et l' absorption du principe d'autonomie dans un principe de validité de la clause d'arbitrage" Op.Cit., p 86, n° 136.

13 –عبد المجيد(منير)، المرجع السابق، ص 117.

14 –أنظر C.A.P 13/1975, Rev.A.rb.1972, p67; note FOUCHARD(PH.).

وبصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي وذلك الذي يحكم شرط التحكيم[15].

وقد قررت محكمة استئناف باريس في حكم تلى الحكم السابق حكم صدر في 25 يناير1972 ، أنه ليس فقط أن اتفاق التحكيم لا يخضع للقانون الذي يخضع له العقد الأصلي، بل قررت صحة اتفاق التحكيم استنادا الى إرادة الأطراف ولائحة مركز التحكيم الذي ارتضى الأطراف الخضوع له، وذلك دون أن تستند إلى قانون وطني معين يقرر صحة هذا الاتفاق.

وكذلك في قرار MENCUCCI[16] وكذلك في قرار BEHAR[17] أين كانت الصياغة أكثر حزما، حيث قضت محكمة الإستئنافية تولوز بأن إستقلالية اتفاق التحكيم الذي يتضمنه العقد الدولي يجب أن تكون مقدرة، ليس فقط بالنسبة لباقي أحكام العقد، وإنما أيضا بالنسبة لكل قانون داخلي.

فمن خلال هذه القرارات، نجد أن هناك منحى جديد، يأخذ بإستقلالية اتفاق التحكيم ليس فقط عن العقد الأصلي، وإنما عن كل قانون وطني، حتى ولو كان واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، سواء كان مصدر هذا الوجوب هو إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية، وفي حالة غياب هذه الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق يتعين تطبيق القاعدة المادية الدولية في مسألة وجود وصحة اتفاق التحكيم.

نشير إلى أن معنى إستقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني لاتعني بالضرورة خروج اتفاق التحكيم من ربقة وسطوة قانون الدولة، وإن كان لابد من ذلك، فهو بالضرورة داخل تحت سلطان قانون آخر يتلاءم مع معطياته، هو قانون من صنع القضاء في مجال العقود الدولية أو نتيجة للخلق التلقائي création spontanée في أوساط التجارة الدولية، ولكنه يدخل في مفهوم القانون بالمعنى الواسع[18].

---

15 - En matière d'arbitrage international, l'accord compromessoire présente une "complète autonomie"-.

16 - C.A.P 13/12/1975, Rev. Arb.1977; note FOUCHARD(PH.). "En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire est valable, présentant une complète autonomie , indépendamment de la référence à toute loi étatique.

17- -"L'autonomie de la clause compromissoire qu'il contient doit être appréciée non seulement par rapport au stipulations du contrat, mais encore par rapport à toute loi étatique"; note OPPETIT(B.).

18 -عبد الكريم سلامة(أحمد)، " نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية-دراسة تأصيلية انتقادية"،دار النهضة العربية، 1989، ص 30.

وقد أثارت هذه القاعدة التي وضعها القضاء الفرنسي والتي مفادها صحة اتفاق التحكيم استقلالا عن كل قانون وطني العديد من التساؤلات لا سيما فيما يتعلق بمصدرها وطبيعتها.

الفرع الثاني

مصدر مبدأ الإستقلالية عن كل قانون وطني

كما هو الشأن بالنسبة لمبدأ الإستقلالية بمفهومه التقليدي، فإن مبدأ الإستقلالية بالمفهوم الحديث هو من صنع القضاء الفرنسي، فبالإضافة إلى القرارات السابقة الذكر والتي كانت تتعلق بالعلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي مثل قرار هيشت، منكوكسي. يذهب أغلب الفقه إلى أن قرار DALICO ، هو نقطة الإنطلاق الفعلية لمبدأ الإستقلالية عن كل قانون وطني، ويمكن تلخيص وقائع هذه القضية في عقد وقعته شركة ألمانية DALICO، مع بلدية خمس الليبية، فكان العقد ينص على إخضاعه من حيث الموضوع إلى القانون الليبي، حينما ثار نزاع باشر الطرف الدنماركي إجراءات التحكيم أمام المحكمة الدولية للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، وقضى المحكمون باختصاصهم بناء على شرط تضمنته الشروط العامة للتعاقد، والتي ضمت إلى ملحقات العقد دون أي توقيع عليها من قبل الأطراف. لدى صدور القرار المتعلق بالإختصاص، سارعت الجهة الليبية إلى طلب إبطاله، على ضوء المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الليبي، بدعوى عدم وجود اتفاق التحكيم، وأن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وموقعا عليه من قبل الأطراف. استأنف هذا الحكم أمام المحكمة الإستئنافية باريس في 1991/03/26، ومن بعد أمام محكمة النقض الفرنسية، وفي قرارها المؤرخ في 1993/12/20، اعتبرت بأن:" اتفاق التحكيم ليس مستقلا عن العقد الأصلي فحسب، وإنما كل القوانين الوطنية، مما يعني بالنسبة لقضية الحال أنه لا مجال لتطبيق القانون الليبي، الذي يبقى قاصرا دوره على موضوع النزاع، لا لإبطال اتفاق التحكيم".

وعليه فطبقا لقرار المحكمة الإستئنافية فقد أكدت أنه بموجب قاعدة مادية، مبدأ صحة اتفاقية التحكيم التجاري الدولي تحت شرط وحيد هو عدم مخالفة النظام العام الدولي، وبصورة أصبح يكفي معها أن تتأكد فقط من وجود اتفاق التحكيم

لإعطائه فعاليته الكاملة، وبتعبير آخر فإن المحكمة قبلت بمبدأ وجود اتفاقية تحكيم دون الإستناد إلى تشريع داخلي.

وفي الطعن المقدم من البلدية ضد القرار أيدت محكمة النقض ماذهبت إليه المحكمة الإستئنافية بأن صحة اتفاق التحكيم تفلت من كل قانون داخلي، ولا تتعلق إلا بتقدير النية المشتركة للأطراف، بشرط إحترام القواعد الآمرة والنظام العام الدولي، اللذان يشكلان قيدين على مبدأ صحة اتفاقية التحكيم، بتعبير آخر هجر قواعد التنازع بصورة مطلقة في عملية تقدير صحة اتفاقية التحكيم.

ثم أن هذا القرار وضع قاعدة مبدئية مفادها أن القيد الوحيد على صحة اتفاق التحكيم، يكمن في عدم مخالفته للنظام العام الدولي. فالمبدأ إذن هو صحة اتفاق التحكيم، والإستثناء هو بطلانها بسبب مخالفتها للنظام العام الدولي والقواعد الآمرة الفرنسية[19].

وقد عمدت محاكم الإستئناف في قرارتها اللاحقة إلى إلغاء القيد المتمثل بشرط إحترام القواعد الآمرة في القانون الفرنسي متبنية القيد المتمثل بمتطلبات النظام العام الدولي وحده. بحيث يكون هذا الأخير وحده كافيا لشمول كل القواعد التي تبرر إبطال القرار التحكيمي، وخصوصا لجهتي وجود وصحة اتفاق التحكيم[20]، ومتخلية بذلك عن قيد القواعد الآمرة في القانون الفرنسي، الأمر الذي يعني أن صحة اتفاق التحكيم تقدر على ضوء النظام العام الدولي وحده. وهكذا يتبين أنه تم التخلي عن منهجية التنازع في تقدير هذه الصحة[21] ، لكن هذا ليس بشكل مطلق. كما سنراه لاحقا.

الفرع الثالث

طبيعة المبدأ

بما أن أول من أقر هذه القاعدة الموضوعية هو القضاء الفرنسي، فهل يمكن إعتبارها قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي(أولا)

19- Cass.Civ . 20/12/1993, J.D.I .1994, P432; note GAILLARD(E.); note LOQUIN(E.), J.D.I . 1994, P.690.

20 - GAIILARD(E.); note precitée sous cass , p260.

21 -محمود بردان (اياد)، "التحكيم والنظام العام -دراسة مقارنة "، منشورات حلبي الحقوقية، 2004 ، ص 478.

أم أنها قاعدة دولية من قواعد التحكيم الـــدولي أو مـــا يســـمى بقـــانون التجـــارة الدولية(ثانيا)؟

أولا:الرأي القائل بأن هذه القاعدة تنتمي للقانون الدولي الخاص الفرنسي.

كما هو معلوم فإن القانون الدولي العام لا يهتم بتنظيم العلاقات الناشئة بين الأطراف الخاصة هذا من جهة، والقول بوجود قانون عابر للدول يعني بتنظيم هذه العلاقات قول يدحضه ما نادى به جانب من الفقه الغربي نفســـه وغالبيـــة الفقـــه المنتمي إلى العالم الثالث[22]. وعليه فإن الإشارة التي ذهبت إليها محكمـــة الـــنقض بقولها القانون الدولي تعني القانون الفرنسي للتحكيم.

كما أن القاعدة المشار إليها في أحكام النقض الفرنسية غير متفق عليها في القوانين المقارنة، ولا يوجد ما يلزم أي قضاء وطني في دولة من الدول، الأخـــذ بهذا الحل الذي توصل إليه.[23]

كذلك القول بإستخلاص قاعدة قانونية تقرر صحة وفعالية اتفاق التحكيم من القانون الدولي للتحكيم الذي لا وجود له. فمن غير المنطقي البحث عـــن قاعـــدة قانونية في قانون لا وجود له. ولذلك فإن صحة وفعالية اتفاق التحكيم لاتعـــدوا أن تكون مجرد قاعدة يقرها القانون الوطني الفرنسي للتحكيم الدولي ودون الإدعـــاء بأكثر من ذلك[24].

في الواقع إن هذا الرأي والقائل بأن مصدر قاعدة صحة اتفاق التحكيم هـــو قاعدة تنتمي للقانون الدولي الفرنسي للتحكيم لإعمال المنهج المادي للفصـــل فـــي مسألة صحة اتفاق التحكيم ووجوده، هو رأي منتقد. حيث ينتقد أن تكون قاعدة من صنع بلد واحد واجبة التطبيق على اتفاقات دولية قد تكون خاضعة لقوانين وطنيـــة أخرى، وبالتالي وكأن هذا البلد يفرض من خلال قاعدة مادية قضائية، حيث أنها لم تقنن بعد في القوانين الأخرى الأجنبية، كما سنراه لاحقا.

ثانيا: الرأي القائل بأن هذه القاعدة هي قاعدة تجارية دولية.

حسب هذا الرأي فإنه وبإعتبار أن اتفاق التحكيم هو اتفاق دولي فإن القواعد المطبقة على العقود الدولية يمكن أن تطبق عليه. فمعروف أنه في القانون الـــدولي

---

22 – أنظر السيد الحداد (حفيظة)، " العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص.الأجنبية " الطبعة الأولى، دار النهضة العربيـــة، 1994، ص88.

23 – السيد الحداد (حفيظة)، المرجع السابق، ص90.

24 – السيد الحداد (حفيظة)، المرجع السابق، ص90.

الخاص، فإن مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني حرية الاتفاقات والعقود في القانون الداخلي، إكتسب معنى فنيا، يتناسق مع تطور الفكر القانوني المعاصر في هذا الأخير[25]، وهو أن القانون الذي يحكم الإلتزامات يستند إلى إرادة الأطراف المتعاقدة، أي إلى إرادتهم السيادية، فالإرادة لا ينحصر سلطانها أو استقلالها في تحرير العقد من ربطة أو سيطرة القانون، بل في تعيين القانون، الذي يضفي على العقد الصفة القانونية LA JURICIDITE[26]، ومنذ ظهور إصطلاح مبدأ استقلال الإرادة في كتابات الفقه الفرنسي، بعد أن مهد له منذ القرن الـ 16 ديمولان، وقد رسخ في فقه وقضاء القانون الدولي الخاص، قاعدة أساسية، مقتضاها أن العقد الدولي ذي العنصر الأجنبي، لايمكن أن يوجد في فراغ قانوني in vacum juris، بل لابد أن يخضع في تكوينه وشروطه وآثاره لقانون دولة معينة[27]، وكان هذا القانون في بادئ الأمر قانون الدولة التي أبرم فيها lex loci executionis[28]، على أن هذا القانون أو ذاك، كان يطبق استنادا إلى فكرة (الخضوع الإرادي) له من قبل الأطراف، واستخدم مبدأ قانون الإرادة كمبدأ لاحق لتبرير أو تفسير خضوع العقد للقانون.

وبتطور فكر نظرية تنازع القوانين، لم يعد دور مبدأ قانون الإرادة يقتصر على تلك الوظيفة التفسيرية، بل أضحى يستخدم كمبدأ سابق يسمح بذاته بحل تنازع القوانين في العقد ذي الطابع الدولي، بحيث وفقا له يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة، أو ضمنا أو الذي يحدده القاضي استخلاصا من ظروف الحال، ووقائع القضية المعروضة[29].

ورغم أن مبدأ قانون الإرادة، في عمق مفهومه يعني خضوع العقد للقانون، إلا أنه تعرض من جانب من الفقه التقليدي للنقد الشديد، بحجة أنه يؤدي إلى تشويه مضمون القانون، ويجعل من المقبول أن قانونا ملزما في الروابط بين المواطنين يصبح إختياريا، عندما يتعلق الأمر بروابطهم مع الخارج، وإلى إختيار القانون

---

25 – أنظر السمدان (أحمد)، المقال السابق، ص 176؛ عز الدين (عبد الله)،" القانون الدولي الخاص" الجزء الثاني، 1969، ص 27. و أنظر حول حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، ياقوت(محمود)،" حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد –قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف الاسكندرية، 2000 ، ص 289.

26 – عبد الكريم سلامة (أحمد) ، المرجع السابق، ص 7.

27 – ياقوت (محمود)، المرجع السابق، ص 289.

28 –أنظر أبو زيد رضوان ، " القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع"، المقال السابق، ص 14.

29 –أنظر السمدان (أحمد) ، المقال السابق، ص 176.

الأكثر استجابة لمصالحهم، على خلاف القانون الذي يرتبط به العقد موضوعيا وواقعيا[30].

إلا أن مبدأ قانون الإرادة بالمعنى السابق، كان يصلح في وقت لم يهيمن فيه على مضمون العقود الدولية إلا المبادلات الزراعية وهو واقع كانت تناسبه القوانين الوطنية، التي تحكم العقود المذكورة، إذ هذه القوانين موضوعة أصلا لحكم العلاقات والمبادلات الوطنية الداخلية.

ولم يعد كل هذا متمشيا مع معطيات التجارة الدولية الحديثة، فمن ناحية أضحت العقود الدولية الأداة الفنية لتبادل الثروات عبر الحدود، وتسيير التجارة الدولية، فتنوعت أنماطها، وبسبب هذا التنوع والتركيب المعقد، فإنه ليس من السهل تصنيفها بين التصرفات المعهودة، التي تخضع للقواعد الوطنية وهو ما يطبق على اتفاق التحكيم[31].

ومن ناحية ثانية، صار من غير الملائم إعمال مبدأ سلطان أو قانون الإرادة على هذه العقود، فهو كقاعدة إسناد تقليدية سيقود بالضرورة إلى تطبيق قانون وطني معين على اتفاق التحكيم، أي تطبيق قانون يحكم أساسا العقود الداخلية، وهذا لا يتناسب، ولا يستجيب مع ذاتية وخصوصية عقود التجارة الدولية المعاصرة ومنها اتفاق التحكيم.

وهنا يؤكد الفقه أن التجارة الدولية لا تجد أحسن الظروف لنموها إلا إذا أفلتت من قيود واختلاف التشريعات والقوانين الوطنية التي تجعل القلق وعدم الأمان ملازما للعقود التي تتم بين رجال الأعمال والتجار عبر الحدود[32]. ولا يمكن تلافي ذلك إلا إذا وضع العقد في مأمن من آثار القانون[33].

فبدأت تظهر في الأفق فكرة تحرير العقد الدولي من الخضوع لأحكام أي قانون وطني لدولة معينة، وأخذ الفقه والقضاء يروج لتلك الفكرة، التي تخرج عن المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص. فذهب البعض إلى القول بأنه إذا

30 – عبد الكريم سلامة (أحمد)، المرجع السابق، ص 10.

31 –أنظر عبد الكريم سلامة (أحمد)، المرجع السابق، ص12؛ ياقوت (محمود)، المرجع السابق، ص 290.

32 –أنظر ياقوت (محمود)، المرجع السابق ، ص 290.

33 – عبد الكريم سلامة(أحمد)، المرجع السالق، ص 14 .عن تعليق ROBERT.(J) على حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قضية galakis : 1966/05/02:

" Que si la cause a été neutralisée , c'est- à- dire le contrat a été mis à l'abri des effets de la loi", dalloz, 1966, p575.

ذهبت نية المتعاقدين في الحالة الراهنة للقانون الوضعي عدم وضع عقدهم تحت سلطان قانون معين، فيمكنهم أن يقولوا ذلك ويفعلونه شريطة أن يحترموا النظام العام للدول التي يمكن أن يتصل بها عقدهم[34]. وهنا يمكن الكلام عن العقد بدون قانون أو العقد الطليق.

ولقد أتيحت الفرصة للقضاء في هذا الإطار على أن يؤكد وفقا لما ذهبت إليه محكمة إستئناف باريس، أن وجود وفعالية اتفاق التحكيم يتعين فحصها فقط في ظل مقتضيات النظام العام الدولي. فالقول بأن العقد طليق، لا يكون كذلك إلا في مواجهة القوانين الوطنية، التي يمكن أن يخضع لها الإختصاص التشريعي بحكمه، بمقتضى قاعدة الإسناد المتعارف عليها في ميدان العقود الدولية، ولا يؤثر في صفته تلك، أن يكون خاضعا لقواعد وأعراف لايمكن التشكيك في قانونيتها أو قيمتها القاعدية، ليست من خلق الدولة، بل صادرة عن جماعات أخرى، ذات طابع مهني، ويجري العمل بها في أوساط التجارة الدولية، وتشكل ما يمكن تسميته بالقواعد الموضوعية أو المادية للتجارة الدولية règles matérièlles ou substentièlles[35].

ويرى هذا الرأي أن البحث في هذه المسألة، يصطدم بما هو عليه القضاء الغالب، وأحدث التشريعات في ميدان القانون الدولي الخاص. حيث قضت الأحكام الكبرى في القضاء الوطني: " كل عقد دولي يكون بالضرورة مستندا إلى قانون دولة معينة، أو بقانون وطني، بحسب طبيعتها لا يمكن أن تكون محكومة إلا بقانون وطني، وفقا للقواعد الثابتة في القانون الدولي الخاص، ذلك أنه من البديهي أن كل رابطة قانونية تخضع للقانون". كما قضى القضاء الدولي كذلك بأن كل عقد لا يكون عقدا بين دول بإعتبارها من أشخاص القانون الدولي، يجد أساسه في قانون وطني[36].

إلا أن هذا الإتجاه تعرض بدوره إلى النقد، حيث أن الكلام عن اتفاق لايخضع لقانون وطني والخضوع لقاعدة موضوعية للتجارة الدولية يعكس طموحا مغالى فيه، ذلك أن تشييد مبدأ أو نظرية معينة، يعني وجود معطيات أو وقائع وإن كانت متفرقة، تسير في إتجاه معين، لها سمات يستدل بها على وجود قاسم مشترك

34- عبد الكريم سلامة (أحمد) ، المرجع السابق، ص 15 عن MERCADAL.(B.)

35 -أنظر ياقوت(محمود)، المرجع السابق، ص 292.

36 - عبد الكريم سلامة (أحمد)، المرجع السابق، ص 20.

يجمعها وصولا إلى هدف متميز، يخرج عما هو ثابت في الفكر. ويبدو أن هذا غير متوفر بجانب مبدأ الإستقلالية عن القانون الوطني خصوصا.

إلا أن دور التحكيم في منازعات التجارة الدولية قد ينشط هذا الجدل، لما يساهم في تكوين القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية، وبما يدعو إلى نزع صحة اتفاق التحكيم من دائرة سلطان القوانين الداخلية، ليدخل في مجال سريان تلك القواعد، التي قد تحل في رأي البعض[37] يوما محل القانون الدولي الخاص، وبالتالي فللتحكيم دور في التمهيد لميلاد القانون الموضوعي للعقود الدولية.

الفرع الرابع

مبررات وأسس الأخذ بالمبدأ

كما سبق وأن ذكرنا، فإن اللجوء إلى إيجاد فكرة موضوعية لتحصين اتفاق التحكيم من الزوال، في كل مرة يتداعى أحد الأطراف بعدم صحة هذا الاتفاق بإعمال القانون الواجب التطبيق عليه بالإستناد إلى منهج التنازع، كان في حد ذاته مبررا لظهور مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم نظرا للإنتقادات الموجهة ضد هذا المنهج. وقد عرف هذا المنهج انتقادا ليس فقط فيما يخص تطبيقه على اتفاق التحكيم التجاري الدولي وإنما بالنسبة للعقود الدولية[38]بصفة عامة.

وعليه فمبررات الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني مبررة عموما بالإنتقادات الموجهة ضد منهج التنازع في حل النزاعات ذات الطابع الدولي، فأوجدت هذه الفكرة. وعليه سوف نتعرض إلى هذه الإشكاليات أو المشاكل ومن خلالها نوضح بروز الحاجة إلى إعمال مبدأ الإستقلالية عن كل قانون وطني.

أولا: المبررات المأخوذة من أزمة منهج التنازع.

من المعلوم أن حل تنازع القوانين في العقود الدولية عن طريق قاعدة الإسناد وهذه الأخيرة تحدد القانون الواجب التطبيق وفقا لضابط الإسناد يقوم أساسا على إرادة المتعاقدين[39]. وهو ضابط معنوي ومجرد، فالقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يتم تحديده بطريقة مجردة معصوبة العينين دون إهتمام

37- BRUNS et MOTULSKY(H.)," Tendances et perspectives dans l'arbitrage international", Rev. Dr.Com. Int. 1957, p777.

38 – أنظر أبو زيد رضوان، المقال السابق، ص 10.

*نقصد هنا بالعقود الدولية، هي ليست العقود التي فيها عنصر أجنبي ، وإنما فقط العقود الخاصة بالتجارة الدولية، التي لا يتلاءم تطبيق منهج التنازع عليها.

39 –قادري (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص 269.

بمضمون أحكامه وقواعده، ومدى ملائمتها للعقد، بالإضافة إلى أن هذا القانون هو أصلا القانون الداخلي لدولة معينة، والموضوع بصفة أساسية لتنظيم العقود والاتفاقات الوطنية البحتة، أي الخالية من العنصر الأجنبي وهذا يجعل انعدام الملاءمة المشار إليه إحتمالا محقق الوقوع[40].

إن تطبيق منهج التنازع على صحة اتفاق التحكيم يكمن في تكييف اتفاق التحكيم، وهنا ظهر اتجاهين، إتجاه يخضع اتفاق التحكيم لقانون الإجراءات بإعتبار اتفاق التحكيم يحدد الإجراءات الواجبة الإتباع لحل النزاع، وهناك اتجاه ثان يكيف اتفاق التحكيم على أنه ذو طبيعة تعاقدية، ويختلف القانون الواجب التطبيق بحسب اختلاف التكييف.

1- التكييف الإجرائي.

وفي هذه الحالة، القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان إجراء التحكيم، رغم أن هذا الحل شاع في السابق لا سيما في الفقه المستوحى من القانون الإنجليزي[41]، الذي تبنى حل يتمثل في تقدير صحة اتفاق التحكيم يجب أن تخضع وجوبا إلى قانون مكان التحكيم وهو موقف أخذت به بعض قرارات التحكيم.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه لا يوجد ما يلزم أن تكون إجراءات التحكيم خاضعة لقانون مكان التحكيم، فللأطراف حرية أن يختاروا قانون وطني معين أو قواعد قانونية يرونها مناسبة. وحتى بالنسبة للمحكمين فهم غير ملزمين في حالة سكوت الأطراف بتطبيق قانون مكان التحكيم. وهو موقف أخذت به بعض قرارات التحكيم[42].

بالإضافة إلى أن اخضاع اتفاق التحكيم لقانون مكان التحكيم، عمليا هو مصدر صعوبة إضافية، فللأطراف مثل المحكمين يمكن لهم في الواقع أن يفضلوا عدم التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات لتتمكن هيئة التحكيم أن تفصل في النزاع حالة بحالة[43].

---

40 – عبد الكريم سلامة(أحمد)، المرجع السابق، ص 171.

41 –وقد أتخذ هذا الرأي بمناسبة تقرير SAUSER -HALL، المقدم لمعهد القانون الدولي.

42 –أنظر هندي (أحمد)، " تنفيذ أحكام المحكمين–الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية"، الدار الجامعية الجديدة للنشر، 2001، ص 36.

43- FOUCHARD(PH.) , GAILLARD(E.), GOLDMAN(B.), Op.Cit. , p 237, n° 424.

وعلى كل فإن اعتبار اتفاق التحكيم تصرف اجرائي ليس صائبا، فاتفاق التحكيم هو عقد يسبق الإجراءات والتي تمثل مرحلة من مراحله فحسب[44]. ومن أجل هذه الإنتقادات، فإن الإتجاه الحديث -لاسيما الفقه الإنجليزي المعاصر يأخذ بالطابع العقدي لاتفاق التحكيم.

2- التكييف العقدي .

قد يحدث خلط بين القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي وذلك الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وعليه فإن ورود شرط في العقد الأصلي لا يعني حتما أن القانون المطبيق على العقد الأصلي هو الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم (كما سبق وأن رأينا) وفقا لمنهج التنازع.

فأولا يجب توطين اتفاق التحكيم وهذا بإختيار عناصر الإسناد المرتبطة به(لغة، تنظيم التحكيم المختار، مكان التحكيم...) وهذه العناصر تختلف عن تلك المعمول بها في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي، التي قد تكون أحيانا محددة بموجب اتفاقات دولية واجبة التطبيق، ودون محاولة المساس بمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي قد يكون القانون المختار ليطبق على العقد الأساسي دليل أو معيار لتوطين اتفاق التحكيم[45].

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الرأي يرى بأن اتفاق التحكيم عبارة عن عقد ولا يعامل في إطار القانون الدولي الخاص معاملة مختلفة عن بقية العقود الأخرى. ومن ثمة فإن قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم العقود بصفة عامة هي التي تنطبق على اتفاق التحكيم.

وبالتطبيق لهذه القواعد فإن القانون الذي يطبق على اتفاق التحكيم هو قانون الإرادة، حيث تخضع العقود الدولية في تشريعات مختلف الدول لقاعدة سلطان الإرادة، وهي قاعدة يقوم عليها أصلا نظام التحكيم ككل وليس اتفاق التحكيم فحسب[46].

لا إشكال في حالة إختيار الأطراف الصريح للقانون الذي يحكم صحة اتفاق التحكيم، إذ يتعين على المحكم أو القاضي حسب الأحوال تحديد القانون الواجب

---

44 -أنظر عبد المجيد(منير)، المرجع السابق، ص 96-97.

45 -أنظر -FOUCHARD(PH.) , GAILLARD(E.), GOLDMAN(B.), Op.Cit. , p 420.

46 - حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 239.

التطبيق مستهديا بالعوامل والقرائن التي، وبالرجوع إليها يمكن التوصل إلى الإرادة المشتركة للأطراف أو الإرادة الضمنية والتي تفيد في التركيز الموضوعي للعقد في إطار نظام قانوني محدد.

والملاحظ من خلال الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي، أنها قامت بأعمال العديد من القرائن من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في حالة عدم إختيار الأطراف صراحة لهذا القانون. فذهبت بعض الأحكام إلى إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم (وهو ماتبناه معهد القانون الدولي في قراراته الصادرة عامي 1957 و1959 وهو ما يعيدنا إلى التكييف الإجرائي). رأي ثان، يخضع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، ورغم الصلة بين الاتفاقين (حيث يفصل الثاني في نزاعات تحدث نتيجة للأول)، فيتعين أن لا تؤثر هذه الصلة بمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ولا مبدأ صحة اتفاق التحكيم الدولي[47].

إن الصعوبة التي تواجه إعمال منهج التنازع مستمدة من صعوبة إلحاق اتفاق التحكيم بطائفة من طوائف الإسناد التقليدية، فهي مسألة تثير الكثير من التساؤلات حسب جانب من الفقه، كما هو معلوم في إطار القانون الدولي الخاص، فإنه من الممكن أن تحدد عدد من طوائف الإسناد التي يمكن إلحاق اتفاق التحكيم بها، أو العكس أن نميز بين العديد من طوائف الإسناد المحددة على نحو يسمح بإختيار عناصر الإسناد الأكثر ملائمة، والذي قد يؤدي إلى تجزئة للقوانين المحتملة التطبيق على جوانب مختلفة لذات المسألة.

فإعمال قواعد القانون الدولي الخاص بشأن العقود يؤدي إلى هذه التجزئة من خلال الدعوة إلى التفرقة بين القانون أو القوانين الواجبة التطبيق على الأهلية التعاقدية، شكل العقد وعلى الموضوع الذي ينصب عليه اتفاق التحكيم، إضافة إلى أن هناك تكييفين يتنازعان اتفاق التحكيم،كما سبق الذكر الأول يكيف اتفاق التحكيم على أنه إجرائي والثاني على أنه عقدي.

---

47 –السيد الحداد(حفيظة)، " الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم .."، المرجع السابق، ص65.

ثانيا: عدم كفاية ضوابط الإسناد المقترحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

حيث لا يوجد ضابط من ضوابط الإسناد قادر على تعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وهناك حالة وحيدة لا تثير أي مشكل حالة قيام الأطراف أنفسهم بتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

1- ضابط محل إبرام اتفاق التحكيم.

فإذا كانت المسائل المتعلقة بصحة اتفاق التحكيم من ناحية الشكل تخضع وفقا للقواعد التقليدية السائدة في تنازع القوانين إلى قانون محل إبرام العقد، فإن شروط الصحة الموضوعية لاتفاق التحكيم لا يمكن إخضاعها بذات السهولة إلى قانون محل إبرام الاتفاق[48]. فمكان إبرام الاتفاق قد لا يكون فقط من الصعب تحديده، بل أنه يكون في الغالب من الحالات ذو طابع عرضي، وبالتالي فإن قيمته كوسيلة لتركيز العقد ذات طابع ضعيف للغاية.[49]

2- قيمة ضابط انعقاد الجلسات في تركيز اتفاق التحكيم .

فرغم أخذ الكثير من القوانين بهذا الضابط، تبدو قيمة هذا الضابط ضعيفة للغاية، فعادة ما يتم اختيار ضابط المقر لأسباب جغرافية بحتة، أو لأسباب تتعلق بحياد هذا المكان المختار بالنسبة للأطراف في المنازعة، وحتى إذا كان الإختيار بإرادة الأطراف فإنه لا يرتكز على إعتبارات قانونية[50].

وحسب رأي الأستاذ GAILLARD إن تحليل كل ضوابط الإسناد الممكنة لإيجاد القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم في حالة الإصرار على اكتشاف هذا القانون من خلال إعمال منهج التنازع التقليدي، تترك لدى المرء شعور بعدم الدقة والتأكد، وهو الشعور الذي يساور المرء من خلال تقدير أن هذه الضوابط وإعمالها من قبل قضاء التحكيم وتحليل الحلول السائدة في القانون المقارن.

كذلك الأستاذ DAVID.R بعد تحليله للعديد من الأنظمة القانونية (لاسيما البلجيكي، الإيطالي و السويسري) يرى أن قواعد تنازع القوانين الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم لا تظهر في أي دولة من الدول، ويلجأ القضاء إلى تطبيق

---

48 -أنظر السيد الحداد (حفيظة)، " الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم"، المرجع السابق، ص 74.

49 - أنظر GAILLARD (E.) ,Op.Cit.. p 14, n° 39.

50 - السيد الحداد (حفيظة)، المرجع السابق، ص 77.

قواعد مادية مستقرة، و يتضح من الصياغات التي سارت عليها الأحكام الصادرة عن هذا القضاء، أنه لا يمكن إعتبارها متضمنة إنحيازا كاملا لنظرية معينـــة، ولا تعتبر إلا مجرد تسبيب مناسب من أجل تبرير الحل الذي أعطاه القضاء للواقعـــة المعروضة عليه.

كل هذه الأسباب أدت إلى إحلال منج القواعد المادية محل منهج التنازع، لا سيما القضاء الفرنسي، ومنه مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن كـــل قانون وطني.

ثالثا: إحترام إرادة الأطراف المشتركة.

من المعلوم أن التحكيم هو إختياري للأطراف، في العقود الدولية- رغــم أنه في الواقع أصبح حتمية في عقود التجارة الدولية، فلا يكاد يخلو عقد من شرط التحكيم- وإذا عنت غالبية التشريعات تنظيم هذا النوع الخـــاص مـــن القضـــاء، فلأهميته سواء بالنسبة للأطراف أو بالنسبة لإقتصاد كل دولة، لما له من ميـــزات من جهة ولأنه مصدر ثقة بين عملاء التجارة الدولية من جهة ثانيـــة، وإذا كـــان عموما مصدره إرادة الأطراف، فليس منطقي أن تكـــون هـــذه الإرادة مصـــدرا لبطلانه، فإدعاء أحد أطراف العقد الأصلي أن اتفاق التحكيم غير صحيح لمخالفته قاعدة قانونية مستوحاة من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكـــيم والحكـــم ببطلانه في حالة ثبوت صحة الإدعاء يؤدي إلى المساس بمصداقية هـــذا النظـــام وهو أمر غير مستساغ بالنظر إلى النجاح الذي حققه هذا النظام لحل النزاعات في مجال التجارة الدولية.

المطلب الثاني

مدى تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن كل قانون وطني –مبدأ الصحة

إذا كان تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي كـــان إمـــا بشكل صريح أو ضمني، فبالنسبة للصورة الثانية للإستقلالية ورغم القـــول بأنهـــا قاعدة اكتست طابع دولي، إلا أن النصوص القانونية الوطنية والدولية مازالت لم تكرس هذا المبدأ، وعليه سنحاول معرفة موقف التشريعات الداخليـــة والاتفاقيـــات وأنظمة التحكيم من هذه القاعدة من خلال معرفة القانون الواجـــب التطبيـــق فـــي صحة ووجود اتفاق التحكيم وهذا سواء في بعض المعاهدات الدولية أو التشريعات الداخلية أو قرارات التحكيم.

أولا: مدى تكريس المبدأ في الاتفاقيات الدولية.

1- اتفاقية نيويورك 10 يونيو 1958

طبقا لنص المادة 1/5 من الاتفاقية:" لا يجوز رفض إعتماد القرار وتنفيذه بناءا على طلب من طرف المتمسك به ضِده إلا إذا قدم هذا الطرف إلى السلطة المختصة في البلد المطلوب الإعتماد والتنفيذ فيه الدليل على ما يأتي :
أن الأطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 02 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية، أو أن الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه، و إن لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد، بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار".

من خلال هذا النص، يتضح أن الاتفاقية أخذت في المقام الأول بقانون الإرادة المستقلة، ومن ثم يتعين الرجوع أولا إلى القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم وبالتالي حسمت الجدل الذي كان قائما في السابق –كما سبق الإشارة– بين الإتجاه الذي يخضع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة[51]، وأنصار الإتجاه الذي كان يعطي الأولوية لتطبيق قانون مقر التحكيم.
وفي حال غياب الإختيار الصريح للأطراف، أوجبت الاتفاقية الأخذ بقانون الدولة التي صدر فيها الحكم[52]. وهناك من يذهب إلى أن إرادة الأطراف وفقا لاتفاقية نيويورك يقصد بها تلك الإرادة الحقيقية صريحة كانت أم ضمنية، سواء بتسمية القانون أو ضمنا بالإشارة غير المباشرة إلى هذا القانون، والتي يمكن إستظهارها من ظروف الحال[53].

وعليه فقد أعطت الاتفاقية في حالة عدم وجود قانون واجب التطبيق حلا واضحا، حيث يوجد قانونا مختص إحتياطيا وهو قانون المكان الذي يصدر فيه قرار التحكيم[54]، كما وضعت

حدا للخلاف الذي نشأ عن حالة عدم النص الصريح من قبل الأطراف على القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم بين أنصار الحلول الشخصية Les subjectivistes،

51 –السمدان (أحمد)، المرجع السابق، ص 183.

52 –حسين محمد أبو زيد(سراج)، المرجع السابق، ص 343.

53 –أنظر السمدان (أحمد)، المقال السابق، 184؛ رضوان أبو زيد ،" الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي"، المرجع السابق، ص 130 ؛ راشد (سامية)، المرجع السابق، ص 315-316؛ أحمد ابراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص 62.

54–أنظر -FOUCHARD(PH.), Op. Cit. p 64; DAVID(R.), Op.Cit. p305 et S, n° 243.

والذين يتجهون للبحث عن الإرادة المفترضة للأطراف[55]، وأنصار الحلول الموضوعية Les objectivistes، الذين يتجهون إلى توطين عناصر العلاقة في ظل نظام قانوني معين دون حاجة للبحث عن إرادة لا وجود لها[56].

ومايعاب على هذه الاتفاقية[57]، أنها عالجت فرض واحد هو الفرض الذي يثار فيه الإدعاء بعدم صحة اتفاق التحكيم أمام القاضي الوطني بمناسبة الإعتراف بقرار التحكيم و تنفيذه، أي بعد صدور قرار التحكيم، ففي هذه الحالة يكون على علم بالدولة التي صدر فيها الحكم، ولم تعالج الاتفاقية الفرض الذي تثور فيه هذه المشكلة أمام المحكم أو القاضي قبل صدور قرار التحكيم دون أن يكون الأطراف قد حددوا القانون الواجب التطبيق، كما أن البلد الذي يصدر فيه قرار التحكيم لم يتحدد بعد.

ويرى البعض[58]، أن الحل الواجب الإتباع في هذا الفرض يتمثل في إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة مكان التحكيم إذا ماحُدد هذا المكان بدايةً في اتفاق التحكيم، وإلا تعين اللجوء إلى القانون الذي إختاره الأطراف ليحكم العقد الأصلي، آخذا بالإتجاه السائد.

2- الاتفاقية الأوروبية جنيف في 1961/04/12

تنص 2/6 من هذه الاتفاقية تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود أو صحة اتفاق التحكيم فيما يتعلق بأهلية الأطراف وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم، وفي المسائل الأخرى :

وفقا للقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم.

-وفي حالة عدم اتفاق الأطراف وفقا لقانون البلد الذي يجب أن يصدر فيه قرار التحكيم.

-وفي حالة عدم اتفاق الأطراف وكان من غير الممكن معرفة البلد المحتمل أن يصدر فيه قرار التحكيم في اللحظة التي يكون فيها الأمر معروضا على المحكمة القضائية تفصل المحكمة وفقا للقانون الذي تعينه قواعد التنازع في دولتها".

وتنص المادة 1/9 من نفس الاتفاقية على جواز رفض الإعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا كان اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضع له

---

55 -السمدان (أحمد)، المقال السابق، ص184.

56 -راشد(سامية)، المرجع السابق، ص 215و 216؛ و أبو زيد رضوان ، المقال السابق، ص 21 ومابعدها.

57 -وفي الحقيقة هو ليس عيب ناتج عن هفوة ، وإنما لأن الاتفاقية جاءت في تنفيذ الأحكام، فالمفترض أن قرار التحكيم قد صدر .

58 -حسين محمد أبو زيد(سراج)، المرجع السابق، ص 245.

الأطراف اتفاق التحكيم أو قانون البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف.

من خلال هذين النصين نلاحظ أن هذه الاتفاقية قد تبنت نفس الحلول الواردة في اتفاقية نيويورك1958، حيث وضعت قانون الإرادة في المقام الأول، وفي حالة غياب الإختيار الصريح قررت قاعدة إسناد احتياطية مفادها خضوع اتفاق التحكيم لقانون البلد الذي صدر فيه قرارالتحكيم.

وما أضافته هذه الاتفاقية هو تعرضها لمشكلة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام القاضي الوطني قبل صدور قرار التحكيم، وميزت بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان من الممكن توقع البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم فقانون هذا البلد هو الواجب التطبيق.

الحالة الثانية: إذا لم يكن من الممكن معرفة البلد المحتمل صدور قرار التحكيم فيه، فإن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قواعد تنازع القوانين في قانون دولة القاضي.

ولم تعالج كما في اتفاقية نيويورك فرض عرض النزاع أمام هيئة تحكيم، ولا يمكن القول بتطبيق الحل الذي رأته في حالة عرض النزاع أمام القاضي لأن المحكم ليس له قانون اختصاص lex fori أو قواعد إسناد يمكنه أن يلجأ إليها.

وقد ذهب بعض الفقهاء، منهم GOLDMAN إلى أن الحل في هذا الفرض هو السماح للمحكم باللجوء إلى قاعدة التنازع التي يراها مناسبة، أي بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الذي يراه مناسبا. لكن هناك من يرى أن الحل السابق الذكر في اتفاقية نيويورك هو الواجب الإتباع[59].

نخلص إلى أن الاتفاقيتين الدوليتين المتعلقتين بالتحكيم واللتين تعرضتا لمسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، قد أخذت بالإتجاه القائل بإخضاع صحة اتفاق التحكيم لقانون الإرادة وفي حالة غياب هذه الأخيرة لقانون الدولة التي يصدر فيها قرار التحكيم مع الأخذ بعين الإعتبار أن قانون الدولة التي صدر فيها القرار غالبا ما يكون نفسه قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم.

وهو نفس الحل الذي تبناه القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 2/34 :" لا يجوز لمحاكم الدولة

59 -حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 247.

التي تتبنى هذا القانون إبطال قرار التحكيم إلا إذا أثبت الطرف المدعي أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا لقانون هذه الدولة". كما نصت المادة 1/26 من هذا القانون على أنه: " لا يجوز رفض الإعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه إلا إذا أثبت الطرف المتمسك بالحكم أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم.

من خلال النصوص الدولية نلاحظ عدم تبني مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني ومبدأ الصحة، حيث تخضع مسألة صحة ووجود اتفاق التحكيم إلى قانون أساسي هو قانون الإرادة وفي حال تخلف هذا الأخير إلى قانون إحتياطي هو مكان صدور قرار التحكيم.

3- اتفاقية عمان العربية.

حررت اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي في عمان في 1987/04/14، وقد وقع عليها وزراء الدول العرب من الأردن، تونس، الجزائر، جيبوتي، السودان، سوريا، العراق، فلسطين، لبنان وليبيا والمغرب وموريطانيا واليمن[60].

ولم تتضمن الاتفاقية نصا يشير إلى القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم، ولكن ورد في نص المادة 21 منها ما يشير إلى قانون الإرادة صراحة، حيث جاء فيها: " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد بين الطرفين، وأحكام القانون الذي إتفق عليه الأطراف صراحة أو ضمنا، إن وجد"، لكن عبارة "يطبق على النزاع" غير واضحة المعنى ، أهو موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم، أو المتعلق بمدى صحة اتفاق التحكيم. على كل فقد منحت الاتفاقية أطراف العقد الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ولم تدع مجالا للشك في طبيعة الإرادة في إختيار القانون، فقد أشارت بأنها إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية[61]. وحرية الأطراف وفقا للاتفاقية تمتد لإختيار أي قانون ولو لم يكن ذا صلة بالعقد أو قانونا وطنيا معينا[62]. حيث نصت الفقرة 02 من نفس المادة على أن: " للهيئة أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا إتفقا الطرفان

---

60 -السمدان (أحمد)، المرجع السابق، ص 185.

61 -السمدان (أحمد) ، المقال السابق، ص 185.

62 -السمدان(أحمد)، المقال السابق، ص 185.

صراحة على ذلك". ومقتضى هذا الحكم أن الأطراف غير مقيدين بقانون وطني معين، بل لهما الحرية في الإشارة إلى مبادئ العدالة التي يستطيع أن يستخلصها المحكم من أي مصدر، ولو لم يكن قانونا وطني، ويجري تطبيقه على العقد كقانون مختار، وفي هذا تصريح لتحرير العقد من الإرتباط بأي قانون[63]. ومما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقية عمان، قد إنفردت دون غيرها من الاتفاقيات بالتصريح بهذا الحكم ،أسوة بما سار عليه الإتجاه الحديث في التحكيم التجاري الدولي[64].

ثانيا: موقف التشريعات الداخلية.

مايمكن قوله حول مدى أخذ القوانين الوطنية بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم هو تعرض البعض من التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لمسألة القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم، بيد أنها لم تتخذ موقفا محددا.

1- موقف القانون الجزائري.

نصت المادة 458مكرر 01 في تعديل 93/09 على أنه(المقابلة للمادة 2/178 من القانون الدولي الخاص الجديد السويسري:" يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي.
تعتبر صحيحة من حيث الموضوع، إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على إختياره، وإما القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي، وإما القانون الجزائري".

يذهب البعض [65] إلى القول بأن إعطاء المشرع الحرية للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم هو بدون شك إتجاه ليبرالي، يخرج عن نطاق المادة 18 من التقنين المدني الجزائري الذي يخضع العقود الدولية لمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي إختيار قانون وطني معين بالإستناد إلى منهج التنازع.

---

63 -السمدان (أحمد)، المقال السابق، ص 185.

64 -أنظر أبو زيد رضوان، "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي" ، المرجع السابق، ص 125-166-189 ؛ اسماعيل علم الدين(عز االدين)، " منصة التحكيم التجاري الدولي "، الجزء الثاني، 1986، ص 11.

65 -أنظر -BEDJAOUI (M.) et MEBROUKINE(A.), "Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie" , J.D.I. 4, 1993, p. 884, n° 26.

ويرى جانب آخر [66] أن الحرية الممنوحة للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم، لايتناقض والمادة 18 التي تكرس مبدأ عالمي يقر مبدأ سلطان الإرادة، بل بالعكس هو تطبيق مباشر لأحكام هذه المادة، حيث يذهب هذ الرأي لتبرير موقفه، أن مبدأ سلطان الإرادة لا يقيد الأطراف باللجوء إلى قانون وطني معين، حيث أن إستقلال الإرادة، تمكن الأطراف من اللجوء إلى قواعد قانونية دولية[67]، كما هو في حال المحكم المفوض بالصلح.

بالإضافة إلى أنه لو كان هدف المشرع ربط صحة اتفاق التحكيم، لما ذهب في الإختيار الثالث إلى ايراد عبارة "القانون الجزائري" Droit Algérien "، فكان قادرا على إيراد مصطلح "تشريع"، بمعنى "lois"[68]، ويذهب هذا الرأي دائما إلى إنتقاد المشرع لأخذه بهذا الحل أي القانون الجزائري، حيث أنه وإن كان يتلاءم وحالة قيام إجراءات التحكيم في الجزائر[69]– وهو أمر نادر– فإنه لن يتلاءم والحالة العكسية. وعليه كان على المشرع الجزائري أن يعطي حلا آخر يتمثل في تطبيق القانون الذي يختاره المحكم في حالة غياب التعبير الصريح للأطراف، أو إلى المبادئ العامة للقانون وممارسات التجارة الدولية، كما هو الحال في العديد من قرارات التحكيم الدولية [70]. وفي هذه الحالة فقط كان يمكن القول أنه حافظ على مبدأ حرية الإرادة الذي يخضع له اتفاق التحكيم[71].

ونشير إلى أنه، وإن كان البعض [72] قد أكد على أن المشرع استبعد أن يكون اتفاق التحكيم مستقلا عن القوانين الوطنية بالمفهوم الحديث للإستقلالية، فإن المشرع الجزائري مثل نظيره السويسري–كما سنرى لاحقا–ذهب في الإتجاه الذي يضمن صحة أكبر عدد ممكن من اتفاقات التحكيم، فإنه لم يقتصر على قانون واحد

66– أنظر -TERKI(N.), Op.Cit. , p 29, n° 48.

67 –أنظر -TERKI(N.), Op.Cit, p29, n° 48

68 –أنظر -TERKI (N.), Op.Cit, p 29.

69 –أنظر -BEDJAOUI(M.) & MEBROUKINE(A.), Op.Cit. p.884, n° 27.

–70 -Sentence rendue dans l'affaire n° 4131, en 1982, J.D.I. 1983, p899; Note DERAINS (Y.); Sentence rendue dans l'affaire .n° 4881, J.D.I, p 1103; note DERAINS (Y.)

71 –أنظر -TERKI (N.), Op.Cit. , p 31, n° 27.

72– تراري الثاني (مصطفى) ، " اتفاق التحكيم.التجاري الدولي في الجزائر....." ، المقال السابق، ص 39 و 40.

وإنما عدد المصادر القانونية التي يستمد منها اتفاق التحكيم صحته. وهـذا إن دل على شيئ إنما يدل على رغبة المشرع في تحصين اتفاق التحكيم من الإبطال في حال تطبيق عليه إحدى هذه القوانين.

2- القانون السويسري

نص التقنين السويسري الجديد للتحكيم الدولي الخاص الصادر في 1987/02/18 في مادته 2/178 على أنه :" يكون اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الموضوع إذا توفرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف الذي يحكم موضوع النزاع وخصوصا القانون الذي يحكم العقد الأصلي أو القانون السويسري".

من خلال هذا النص نلاحظ أنه يتطلب لصحة اتفاق التحكيم يجب أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية التي يتطلبها أحد القوانين الثلاثة الآتية:

1-القانون المختار من طرف الأطراف.

2-القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع(وخصوصا العقد الأصلي)، سواء أكان هذا القانون مختار من قبل الأطراف أو المحكمين.

3-القانون السويسري بإعتباره قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم.

السؤال المطروح هو هل على القاضي أوالمحكم أن يحترم التسلسل الموجود في النص، أم أنه يكفي أن يختار أحد هذه القوانين ؟

يستخلص بعض الفقهاء[73] من هذا النص أن القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم هو القانون الذي يقرر صحة هذا الاتفاق، فلو أن القانون المختار بواسطة الأطراف - أي قانون الإرادة- يترتب على تطبيقه تقرير بطلان اتفاق التحكيم، فإن هذا الإختيار يصبح عديم الأثر ويكون القانون السويسري بإعتباره قانون مقر التحكيم أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع هو الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

وعليه فإن نصوص القانون السويسري والجزائري المستوحى منه، لم تأخذ بصراحة بمبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن كل قانون وطني كقاعدة مادية أو موضوعية. ولكن من خلال النهج الذي انتهجته بإعطائها عدة حلول لتقرير صحة اتفاق التحكيم يمكن أن نستخلص ضمنيا أنها أقرت مبدأ صحة

---

73 -حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 249.

اتفاق التحكيم[74]، وهذا بمزجها بين الأخذ بقواعد التنازع (قانون الإرادة و قـــانون العقد الأصلي) والقواعد المادية (القانون الجزائري).

وقد ذهب بعض رجال القانون الجزائري إلى توسيع هـــذا النطـــاق بـــأن اعتبروا أنه من الممكن إسناد اتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم وذلك بتطبيق المادة 05 من اتفاقية نيويورك ، بإعتبار أن الجزائر طرفـــا في هذه الاتفاقية.

نخلص إلى أن هذين القانونان لم يأخذا بصراحة بمبـــدأ إســـتقلالية اتفـــاق التحكيم التجاري الدولي عن كل القوانين الوطنية لكنهما حاولا الوصول إلى الغاية التي يتوخاها مبدأ الإستقلالية عن كل قانون وطني بفتح المجـــال أمـــام القاضــــي لإختيار القانون الذي يقر صحة اتفاق التحكيم حتى ولو إختار الأطـــراف قـــانون معين في حالة ما إذا كان تطبيق هذا القانون لا يقر صحة اتفاق التحكيم.

3- القانون الإسباني

أخذ القانون الإسباني الجديد بشأن التحكيم رقم 198/26 بحل آخر مغـــاير للقانون الجزائري والسويسري، حيث نص في مادته 61 على أنه:" يحكم صـــحة اتفاق التحكيم وآثاره القانون المختار صراحة بواسطة الأطراف بشرط أن توجـــد صلة بينه وبين العقد الأصلي أو موضوع النزاع. وفي حالـــة تخلـــف الإختيـــار الصريح من قبل الأطراف، يطبق القانون الذي يحكم العقد الأصلي الناشـــئ عنـــه النزاع. وفي حالة عدم وجود هذا القانون، يطبق قانون الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم. وإذا لم يكن من الممكن تحديد هذا القانون، يطبـــق محـــل إبـــرام اتفـــاق التحكيم.

وكما هو واضح من هذا النص فإنه قد اعتد فـــي المقـــام الأول بالقـــانون المختار صراحة من قبل الأطراف ليحكم اتفاق التحكـــيم. هـــذا مـــع مراعـــاة أن المشرع لم يعط للأطراف الحرية المطلقة في الإختيار بل مـــنحهم حريـــة مقيـــدة بشرط وجود صلة بين القانون المختار من قبلهم ليحكم اتفـــاق التحكـــيم والعقـــد موضوع النزاع[75].

وفي حالة عدم وجود قانون مختار صراحة بواســـطة الأطـــراف أوجـــب المشرع تطبيق القانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع إذا كـــان هـــذا القـــانون

---

74 -حيث من النادر أن يكون اتفاق التحكيم باطلا وفقا لكل هذه الإختيارات.

75 -حسين محمد أبوزيد (سراج)، المرجع السابق، ص 150

محددا، وفي حالة عدم تحديده، أوجب على المحكم الإعتداد بقانون الدولـــة التـــي صدر فيها قرار التحكيم. وفي الفرض الذي يتعذر فيه معرفة هذه الدولة مقــدما، أوجب المشرع تطبيق قانون الدولة محل إبرام اتفاق التحكـيم.[76] وبهــذا يكــون المشرع الإسباني قد واجه كافة الفروض التي يمكن أن تثور فيها مشكلة القــانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم.

4- القانون المصري.

لم يتضمن قانون التحكيم الجديد رقم 94/27 أي نص يتعلق بمسألة القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم، وذلك على الرغم من أن هذه المســألة يمكن أن تثور –طبقا لهذا القانون– أمام هيئة التحكيم أو القاضي الوطني.

إلا أن جانب من الفقه[77] في مصر يذهب إلى إخضاع اتفاق التحكيم لقانون مكان التحكيم كما حدده الأطراف أو كما يحدده نظام التحكيم الــذي أحــال إليــه الأطراف. وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على الأخذ بهذا الحــل قبــل صدور قانون التحكيم الحالي، ففي حكم صدر في 1982/04/26[78] قضت بأنه:" يرجع في تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الإنجليــزي بإعتباره قانون البلد الذي أُتفق على إجراء التحكيم فيه..." وقد أخــذت المحكمــة بنفس القواعد في حكم صدر في 1983/07/13[79]، حيث قضت بأنه: "يرجع فــي شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلــى قواعــد القــانون الفرنســي بإعتباره قانون البلد الذي إتفق على إجراء التحكيم فيه". وقد اتجهت محكمة النقض المصرية في العديد من الأحكام إلى انتهاج هذا الحل. ويمكن التوصل إلــى نفــس الحل بالرجوع إلى نصوص التحكيم المصري ذاتها حيث نصت المادة 01 من هذا القانون إلى أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمــول بهــا فــي جمهورية مصر العربية ...." فهذا يشير إلى حرص المشرع على الأخذ بــالحلول التي أقرتها الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها مصر ومن بينها اتفاقية نيويــورك لعام 1958، والتي كما سبق وأن أشرنا تأخذ في المقــام الأول بمبــدأ ســلطان الإرادة، في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وثانيا بقانون الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم وهو قانون الدولة مكان التحكيم غالبا.

---

76 –حسين محمد أبوزيد (سراج) المرجع السابق، ص 150

77 – أحمد ابراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص 64.

78 –طعن رقم 714لسنة 47 قضائية ، غير منشور، موجود في كتاب أحمد أبراهيم (ابراهيم)، ص 69.

79 –موجود في كتاب أحمد ابراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص 72.

5- القانون الفرنسي.

القانون الفرنسي الصادر في 1981/05/12 لم يتعرض لمسألة القانون الواجب التطبيق على صحة ووجود اتفاق التحكيم، إلا أن هذا القانون قد تضمن مادتان هما 1494 وتتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث أعطت للأطراف في مقام أول سلطة تحديد هذا القانون، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف أعطت هذه السلطة للمحكمين، والمادة 1496 تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وأعطت فيه للأطراف في المقام الأول الحرية في إختيار القانون، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف أعطيت هذه الحرية للمحكمين.

وما يمكن قوله حول هاتان المادتان هو أنهما لا تَخُصان اتفاق التحكيم، فإجراءات التحكيم ليست اتفاق التحكيم وإنما مرحلة من مراحله.

وإن كان البعض يرى[80] أنه لا يمكن أن تطبق الحلول الواردة في المادة 1496 على صحة اتفاق التحكيم فإنه يمكن أن تطبق المادة 1496 لتحديد القانون الواجب على اتفاق التحكيم ولقد فسر ذلك بقوله إذا كان من الصحيح أن المادة 1496 تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. إلا أن صيغتها تتسع لتشمل أيضا اتفاق التحكيم، حيث تنص: " يفصل المحكم في النزاع..." وحسب الأستاذ GOLDMAN فإن لفظ النزاع يشمل النزاع القائم حول وجود وصحة أو تفسير اتفاق التحكيم. كما أن هذا الحل يعطي المحكم الحرية في إختيار القواعد الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم في حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف، فلا يلزمه بالبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف أو التوطين الموضوعي لاتفاق التحكيم، ويسمح له بتطبيق قواعد عبر دولية (عابرة للدول) Transnationales مع إلزامه بمراعاة الأعراف التجارية في جميع الأحوال[81].

وما يفهم مما تقدم أن القانون الفرنسي حتى ولو لم يشر صراحة إلى القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم فإنه من خلال المادة يعطي حرية للمحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والذي يراه مناسبا في حالة عدم إختيار الأطراف لقانون معين. ومن غير المتصور أن يختار

---

80 -أنظر -GOLDMAN (B.), Op.C.it J-CLA, fasc586-1, n°52 53.

81 -حسين محمد أبو زيد(سراج)، المرجع السابق، ص 252.

المحكم منهج التنازع -للصعوبات التي يؤدي إليها كما سبق وأن رأينا- إذا تركت له حرية الإختيار ، فإذا إختار المحكم قانون معين ليحكم موضوع النـزاع، فمـن باب أولى أن يطبق نفس الشيء على مسألة صحة اتفاق التحكـيم، بـأن يختـار القواعد القانونية التي تقر صحته، وهذا شيء منطقي لأنه لا يتصـور أن يطبـق المحكم قانون يبطل اتفاق التحكيم بموجبه، و إلا فما هي أهمية نظام التحكيم، كمـا أنه لا يتصور أن يطبق منهجان مختلفان على موضوع النزاع واتفاق التحكيم.

أما بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي:

فكما سبق وأن رأينا فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني بالمعنى الذي يعطي لاتفاق التحكيم صحة وفعالية ذاتية-واعتبار هذه الإستقلالية قاعـدة مادية دولية- بدون الإستناد إلى أي قانون وطني لتقرير ذلك كان مصدره القضاء الفرنسي. فنتيجة لأزمة منهج تنازع القوانين في حل مسألة صحة اتفاق التحكـيم راح القضاء الفرنسي يقضي على كل أثر لهذا المنهج، ووضـع قاعـدة مفادهـا صحة اتفاق التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة استقلالا عـن أي قـانون وطني، بعد أن كان القضاء الفرنسي قد أكد في العديد من أحكامـه علـى مبـدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي والنظام القانوني الذي يحكمـه، وذلـك لتحصين اتفاق التحكيم من أي مسألة يمكن أن تؤدي إلى الحكم بعدم صـحته أو بطلانه. وقد أشرنا في موضع سابق إلى أول الأحكام التي صدرت في هذا الصدد في قضية هيشت، منكوسكي، وداليكو التي سبق وأن أشرنا إليها.

ثالثا: موقف قرارات التحكيم.

هناك في مجال الإجتهاد التحكيمي، تيار قوي يذهب إلى الأخـذ بالقواعـد الدولية المادية للفصل في مسألة وجود وصحة اتفاق التحكيم والذي يتماشـى مـع الطابع العابر للدول، وهو أساس سلطة المحكم[82]. و يلاحظ البعض أن هذا الحـل من شأنه أن يزيد في نزع التحكيم من قبضة وسيطرة القانون الـداخلي، والـذي حسب رأيهم لايتماشى مع التطورات الدولية، بل تهتم بتنظيم العلاقـات الداخليـة فحسب[83].

---

82 -أنظـر -FOUCHARD(PH.), Op.Cit. p. 253-444.

83 – -SentenceC.C.I rendue dans l'affaire n° 6840, en 1991, J.D.I, p 1030; note DERAINS(Y.)

كذلك فإن نظام التحكيم التجاري الدولي لغرفة التجارة الدوليةC.C.I، لاسيما المادة 4/3/8 فهي تعطي للمحكم سلطة أخذ كل قرار حول اختصاصه، دون أن تلزمه بتطبيق قانون أي دولة بإعتبار أن صحة اتفاق التحكيم مصدر سلطة المحكم[84].

وعليه، رفضت بعض قرارات التحكيم إسناد اتفاق التحكيم إلى قانون وطني معين، وفصلت في وجود وصحة هذا الاتفاق بالإستناد إلى الإرادة المشتركة، وعادات التجارة الدولية، والمبادئ العامة للقانون. ونذكر بعض الأحكام التي أخضعت اتفاق التحكيم لقواعد غير وطنية :

حكم تحكيم الصادر في 1972/09/22 في القضية رقم 4131[85]، بعد أن استبعدت محكمة التحكيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على اتفاق التحكيم بناء على إستقلاليته. أكدت وهي بصدد البحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم على أنه: " بما أن الأطراف قرروا أن يجري التحكيم وفقا للائحة غرفة التجارة الدولية، فإنهم بذلك يكونوا قد أدمجوا في العقد المبرم بينهم هذه اللائحة. ولما كانت هذه اللائحة تتضمن نصا يعطي للمحكم سلطة الفصل في اختصاصه دون أن تلزمه بتطبيق قانون وطني معين، فإن المحكمة سوف تتولى تحديد نطاق وآثار شرط التحكيم بالإستناد إلى الإرادة المشتركة للأطراف مع الأخذ بعين الإعتبار عادات التجارة الدولية.

وفي قرار التحكيم الصادر في استوكهولم في القضية رقم 4381سنة 1986[86]، قضت محكمة التحكيم بأنه:" بما أن اتفاق التحكيم لا يتضمن أي نص يتعلق بتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على صحة اتفاق التحكيم فإن على المحكمة إختيار هذه القواعد لتحديد صحة هذا الاتفاق دون أن تكون ملزمة بتحديد القانون الدولي الخاص الواجب التطبيق، بشرط عدم مخالفة هذا الإختيار لقواعد التحكيم الإيرانية و الفرنسية، وبما أن الأطراف قد اتفقوا على إخضاع التحكيم للائحة غرفة التجارة الدولية، وكان من الثابت أن هذه اللائحة تعطي للمحكم سلطة اتخاذ القرار بالفصل في اختصاصه دون الزامه بتطبيق قانون وطني معين فإن

---

84 -أنظر -FOUCHARD(PH.), Op.Cit., p254, n° 444.

85- -Sentence C.C.I rendue à Paris dans l'affaire n° 4131 le 23/09/82, Rev.Arb. 1984, p. 137 spec p 142, Clunet 1982, p899; note DERAIN (Y.).

86- -Sentence C.C.I rendue à STOCKHOLM dans l' affaire N° 4381 en 1986 , Clunet 1986, p 1103 et s, spec p.1104.

محكمة التحكيم تفصل في صحة شرط التحكيم علـــى أســـاس الإرادة المشـــتركة للأطراف، والتي يمكن استخلاصها من الظروف المحيطة بإبرام وتنفيذ العقد، مع الأخذ بعين الإعتبار عادات التجارة الدولية، كل ذلك في الحدود التي لا تتعـــارض فيها هذه القواعد مع قواعد التحكيم الفرنسية أو الإيرانية. وهو نفس موقف الحكـــم السابق الإشارة إليه.

ومن قرارات التحكيم التي طبقت هذا المبدأ حكم آخر صـــدر بخصـــوص نزاع ثار بين الشركة الفرنسية FCF-Aquitaine والشركة الوطنية الإيرانية المســـماة NIOC في 1982/01/14[87].

وقد أكد المحكم على أن المسائل المثارة أمامه لا يمكن حلهـــا إلا بتطبيـــق نظـــام قانوني معين، وبالتالي فإنه من الضروري قبل النظر في هـــذه المســـائل والـــرد عليها والوصول إلى نتيجة نهائية، تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق عليهـــا. وبعد أن استبعد المحكم تطبيق القانون الإيراني استنادا إلى المادة 44 مـــن العقـــد موضوع النزاع والتي تنص على عدم تطبيق قانون البترول الإيراني لعام 1958 وكل القوانين واللوائح التي تتعارض مع نصوص هذا العقـــد، واســـتبعد تطبيـــق القانون الدنماركي بإعتباره قانون الدولة مقر التحكيم مبررا ذلك بعدم وجود صـــلة حقيقية بين هذا التحكيم ودولة المقر أكد المحكم أن اتفاق الأطـــراف هـــو أســـاس التحكيم وأنه لا يمكن افتراض أن الأطراف قد اختاروا قانونا آخـــر غيـــر ذلـــك المنصوص عليه في المادة 5/41 من العقد موضوع النزاع وتنص المادة المذكورة على أنه:" من المتفق عليه أن محكمة التحكيم أو المحكم الوحيد يمكنه تأسيس قرار التحكيم على اعتبارات العدالة ومبادئ القانون المعترف بها عمومـــا وخصوصـــا مبادئ القانون الدولي، دون أن يكون ملزما بمراعاة قاعدة قانونية معينة"، وبنـــاءا عليه، انتهى المحكم إلى أن مسألة ما إذا كان يستطيع أن يتصرف بإعتباره محكما وحيدا في هذه القضية يجب أن تحكم على أساس مبادئ القانون الدولي واعتبارات العدالة كماهي منصوص عليها في المادة 41من العقد.

وأما فيما يخص إدعاء الشركة الإيرانية بأنهـــا شـــركة تخضـــع للقـــانون الإيراني وبالتالي لا يجوز لها المشاركة في اجراءات التحكيم. أعلن المحكـــم أنـــه من مبادئ القانون الدولي المعترف بها أن الدولة ملزمة بشرط التحكيم الوارد فـــي

---

87 -Sentence rendue à COPENHAGUE LE 14/01/1982. Rev.Arb.1984, p401.

العقد المبرم بواسطتها أو بواسطة إحدى هيئاتها، وأنه طبقا لإعتبارات العدالة والمبادئ القانونية المعترف بها في القانون الدولي لا يجوز لدولة ايران إلغاء شرط التحكيم بإرادتها المنفردة، وأن القانون ذات المادة الواحدة وقرار اللجنة الخاصة المتخذ بناء على هذا القانون لا يمكنها إلغاء فعالية شرط التحكيم.

نلاحظ من خلال هذ الحكم أن المحكم استند في حكمه لتقرير صحة اتفاق التحكيم إلى مبادئ القانون الدولي واعتبارا ت العدالة (وهو في هذه القضية مختار من طرف الأطراف) وقد حكم بصحة اتفاق التحكيم[88].

نود أن نشير إلى أن هناك إتجاه آخر في قرارات التحكيم لا يعترف بهذا المبدأ، ويخضع مسألة صحة اتفاق التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم. وهذا في حالة عدم وجود تعبير صريح لإرادة الأطراف، ويمكن أن نذكر في هذا الصدد قرار التحكيم الصادر في باريس في القضية رقم 5730 لسنة 1988[89]، حيث أكدت محكمة التحكيم على حقها في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم استنادا إلى إرادة الأطراف، وذلك بقولها:" إذا كان الأطراف قد اتفقوا على إخضاع العقد الأصلي للقانون اليوناني كما هو واضح من المادة 2 من عقد تولية المحكمين فإنهم في المقابل، فوضوا محكمة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي وذلك في الفقرة الأولى من المادة 07 من عقد تولية المحكمين وبالتالي تكون هذه المسألة من إختصاص محكمة التحكيم".

وفي معرض بحثها عن القانون الواجب التطبيق رفضت محكمة التحكيم الأخذ بالقاعدة الموضوعية التي قررها القضاء الفرنسي، وأخذت بها وطبقتها بعض قرارات التحكيم في المعاملات الدولية والتي مفادها تقرير صحة اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية الخاصة، استقلالا عن كل قانون وطني. وقدرت أن اتفاق التحكيم يجب أن يستمد قوته الملزمة من نظام قانوني معين[90]، واستبعدت محكمة التحكيم فكرة استقلال اتفاق التحكيم وأكدت على ضرورة إسناد هذا الاتفاق إلى نظام قانوني معين، فبحثت عن مدى إمكانية تطبيق القانون اليوناني بإعتباره قانون محل الإبرام، وقررت المحكمة في هذا الشأن أنه: "على الرغم من أن إسناد العقد إلى قانون محل الإبرام معترف به عموما في القانون الدولي الخاص

---

88 - انظر حول مسألة جواز لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم الصفحة 169 ومايليها من هذه المذكرة.

89- Sentence C.C.I . rendue à Paris dans l'affaire n° 5730, de 24/08/1988, Rev.Arb1991, p 125, spec p 129-130.

90 –حسين محمد أبو زيد(سراج)، المرجع السابق، ص 260.

الفرنسي ومحل تأييد من قبل بعض الفقهاء في مسائل التحكيم الدولي، بيد أن هـذا الحل ليس له طابع ملزم. كما أنه غير مقرر من قبل القانون الوضـعي وبصـفة خاصة المادة 05 من اتفاقية نيويورك والمادة 06 من الاتفاقية الأوروبية، وذلـك لأن مكان الإبرام غالبا ما يكون عارضا في مجال التجارة الدولية بحيث يصـعب معه القول بأن الأطراف قد أرادوا إخضاع صحة اتفاقهم لقانون هذا المكان.

كما بحثت محكمة التحكيم إمكانية تطبيق القانون اليوناني باعتباره القـانون الواجب التطبيق علىالعقد الأصلي وفقا لاتفاق الأطراف. وفي هذا الصدد قـدرت المحكمة أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عـن العقـد الأصـلي الـذي يتضـمنه والمعترف به فقها وقضاءا يترتب عليه إمكانية خضوع اتفـاق التحكـيم للقـانون مختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي.

ومع ذلك في الغالبية العظمى من الحالات ينوي الأطراف إخضاع العقـد الأصلي واتفاق التحكيم لقانون واحد، بحيث توجد قرينة على أن إرادة الأطـراف قد اتجهت إلى إخضاع اتفاق التحكيم للقانون المختار ليحكم العقد الأصلي، بيـد أن المحكمة قدرت عدم وجود مثل هذه القرينة في القضية المعروضة عليهـا لعـدم وجود مايشير إلى أن الأطراف قد ارتضوا إخضاع العقد للقانون اليونـاني عنـد إبرامه، فهذا القانون لم يتم إختياره من قبل الأطراف في عقد توليـة المحكمـين، وهذا الأخير قد ترك مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق علـى اتفـاق التحكـيم لمحكمة التحكيم.

وقد أخضعت المحكمة في هذه القضية صحة اتفاق التحكيم للقانون الفرنسي بإعتباره مكان التحكيم، معللة أن هذا الحل قد أخذ به مجمـع القـانون الـدولي، وأخذت به المادة 1/1/5أ من اتفاقية نيويورك لعام1958، والمادتين 2/6 و1/9 من الاتفاقية الأوروبية 1961.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك جانب من الفقه يأخذ بهذا الحل في حالة غياب الإختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على هذا الاتفاق.

الفصل الثاني

النظام العام ومبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

نتيجة الإنتقادات التي تعرض لها مبدأ الإستقلالية لا سيما في صورته الثانية، دعى جانب من الفقه المساند لهذا المبدأ لرده إلى حدوده المعقولة، وهذا بتقييد هذا المبدأ[1]. ومن أبرز هذه القيود قيد أوحد يتمثل في النظام العام، ذلك أن حرية العاملين في ميدان التجارة الدولية وإن كانت ضرورية في عملية تنمية هذا النوع من التجارة، فإنها يجب أن تكون مقيدة بحدود لا يجوز لها تخطيها، ما يعني أن التحكيم يجب أن يوفق بين أمرين:

الأول: هو الإعتراف للمستثمرين في هذا الميدان بإمكانية الاتفاق على التحكيم وتنظيمه بما يلائم مصالحهم.

الثاني: هو إحترام هذه الحرية للقيود والظوابط المفروضة لتنظيم واستخدام هذه الحرية والتي تتجسد بمفهوم النظام العام[2]، هذا ويمكن أن يتدخل النظام العام في مراحل التحكيم الثلاث، مرحلة الاتفاق على التحكيم، مرحلة إجراءات التحكيم وإصدار القرار التحكيمي، مرحلة تنفيذ القرار التحكيمي. ويتعلق نطاق بحثنا هذا في عرض كيفية تدخله في المرحلة الأولى، أي في مرحلة الاتفاق على التحكيم شرطا أم مشارطة. وبمعنى آخر في نطاق القابلية للتحكيم من حيث الأشخاص أو المواد نظرا للأهمية الكبرى التي يتخذها هذا الموضوع في إطار العلاقات الدولية، وتكمن هذه الأهمية في الصعوبة بمكان التحديد المسبق لكل من نطاق التحكيم والنظام العام. ذلك أن نطاق التحكيم غير قابل للتحديد المسبق بفعل عدة أمور ترتبط بإشكالية المعايير المحددة للقابلية للتحكيم والقانون الواجب التطبيق عليها، وهذه الإشكالية تنسحب أيضا بقوة على النظام العام وبصورة أسبق زمنا، بمعنى آخر سنكون بصدد مسألتين غير قابلتين للتحديد النهائي المطلق.

وتبرز أهمية هذه المسألة من جهة ثانية بالخصائص التي تلازم موضوعي نطاق التحكيم والنظام العام، وهي المرونة والتغير، إذ من حيث الزمان أو المكان، بفعل التطورات الحاصلة في مختلف الميادين الإقتصادية، الثقافية والقانونية، وقد كان لهذا التطور تأثيره على نطاق التحكيم وكذلك على حدوده التي تتجسد بقيد

---

1 -أنظر تراري تاني (مصطفى)،"استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، المقال السابق، ص 15.

2 - محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 7.

النظام العام بمفاهيمه المتنوعة في إطار التحكيم، ذلك أن هناك من يميز اليوم بين أربع مفاهيم من النظام العام: النظام العام الداخلي، و نطاقه العلاقات الخاصة الداخلية، النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص، والنظام العام بمفهوم قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري ونطاق هذين النوعين العلاقات الخاصة الدولية، وهذه الأنواع الثلاثة ذات طبيعة وطنية موجهة لحماية مصالح مجتمع معين، و أخيرا النوع الرابع في نطاق العلاقات الخاصة الدولية فقط يتمثل بالنظام العام عبر الدولي حسبما اصطلح عليه بعض الفقه الحديث[3]، وهو يستهدف حماية مصالح المجتمع الدولي، وأحيانا أخرى مصالح مجتمع التجارة الدولية.

وتزداد أهمية هذا البحث في علمنا أن التغيير والتبدل في المفاهيم القيمية آخذ بالتطور والنمو في ميدان العلاقات العامة والخاصة الدولية بصورة مترافقة مع ظاهرة العولمة بمختلف أشكالها و جوانبها الاقتصادية والسياسية والثقافية والإجتماعية التي يكون لها تأثير كبير على النواحي القانونية المنظمة لهذه النشاطات[4].

فما هو النظام العام المقصود إليه في إطار العلاقات الخاصة الدولية ، وماهي ظواهر تدخله في نطاق مبدأ صحة اتفاق التحكيم؟

المبحث الأول

تحديد الأنظمة العامة المعمول بها لتقدير صحة اتفاق التحكيم

النظام العام فكرة ترمي إلى حماية المجتمع الوطني، والأسس الجوهرية التي يقوم عليها، أيا كان الفرع القانوني الذي يستخدم فيه. وينبغي التمييز بين ثلاثة أنواع من قواعد النظام العام، حيث يختلف نطاق تطبيقها باختلاف ما إذا كانت العلاقة التحكيمية ذات طابع داخلي أم دولي، وهذه الأنواع هي: قواعد النظام العام بمفهوم القانون المدني والذي يقتصر تأثيره على العلاقات التحكيمية الداخلية. قواعد النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص و قواعد النظام العام الداخلية بمعنى قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري.

المطلب الأول

3 -محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 9.

4 - يتساءل الكاتب بردان مثل الكثير من رجال قانون العصر الحديث في اطار هذه العلاقات عن مدى وجود عولمة للقانون ؟ أو حتى الكلام عن قانون العولمة، ص 9-10 من المرجع السابق حول بروز معالم هذه العولمة.

مدى إعمال النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص
في تقدير صحة اتفاق التحكيم
الفرع الأول
تعريف النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص

تتحد قواعد النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص[5] مع قواعد النظام العام الداخلي بخصوص مصدرها، فكلاهما ذات مصدر وطني داخلي، كما أن كلاهما يرميان إلى تحقيق هدف رئيسي واحد هو حماية النظام القانوني الوطني، وتدعيم قوانين الدولة الأساسية سواء عن طريق منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالفها(نظام عام داخلي)، أم عن طريق استبعاد القوانين الأجنبية التي لا يتفق تطبيقها مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني(القانون الدولي الخاص)[6]. غير أن هذا الاتحاد في المصدر لا يعني التطابق الكلي، حيث أن علاقات النظام العام الدولي (بمفوم القانون الدولي الخاص)، هي علاقات خاصة دولية، وعلاقات النظام العام الداخلي هي علاقات داخلية.

كما أن القوانين المتصلة بالنظام العام في مجال القانون الداخلي هي القوانين التي لا يمكن للأفراد تجاوزها بالإرادة الفردية فهي قوانين آمرة. أما في مجال القانون الدولي الخاص فإن القوانين الأجنبية التي تخالف النظام العام هي تلك التي تتعارض أساسا مع القواعد الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي، فهي تشكل الفاصل أمام تطبيق القانون الأجنبي وقيدا على عملية التنازع أيضا فهو أداة لإستبعاد القانون الأجنبي.

و النظام العام الداخلي يهدف إلى إبطال العلاقات الداخلية المخالفة له، كما أن له أشكالا متعددة. في حين أن النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص يهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي المخالف له[7]، وهو بهذا له شكل واحد، فهو استثناء عن الأصل الذي يقضي بتطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية بإختصاصه[8]. مما تقدم نخلص إلى أن نطاق النظام العام في إطار العلاقات الخاصة الدولية يضيق عنه في إطار العلاقات القانونية الداخلية.

---

5 –حول هذا النوع من النظام العام ، أنظر بلقاسم (أعراب) "القانون الدولي الخاص الجزائري– تنازع القوانين –" الزيتونة للإعلام والنشر ، ص 154.

6 –رياض (فؤاد) ، "الوسيط في القانون الدولي الخاص" ، منشأة المعارف، جزء 2، ، 1992، ص 136.

7 –أنظر بلقاسم (أعراب)، المرجع السابق، ص 162.

8 – محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 392.

وبعد أن عرفنا المقصود بالنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص نتساءل عن إمكانية تطبيقه في تقدير صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي؟

الفرع الثاني

امكانية تطبيق النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص في تقدير صحة اتفاق التحكيم

هل يمكن للمحكم أن يطبق قواعد النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص كما عرفناه؟

الجواب أن المحكم لا يملك قانون إختصاص يعود إليه لتحديد مدى تعارض القانون الأجنبي مع المفاهيم الأساسية السائدة في قانون اختصاصه على فرض وجوده، وحيث أن كل القوانين تعد أجنبية بالنسبة له، وإذا طبق قواعد النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص، سيجعل منه كقاضي الدولة، وقد يؤدي هذا الإلزام إلى استبعاد المحكم للقانون المختار من قبل الأطراف أو المحدد من قبله، الأمر الذي يؤثر على استمرارية التحكيم كمؤسسة بديلة لحل النزاعات في ميدان التجارة الدولية. وبالمقابل فان عدم احترام المحكم لقواعد النظام العام بالمفهوم السابق أو بهذا المفهوم سيعرض قراره للإبطال أمام القضاء الوطني أو رفض التنفيذ، وهو ما يؤثر سلبا على نظام التحكيم. لهذا يرى الفقه الحديث[9]، بأن احترام قواعد النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص المحض، مقصورة على قواعد النظام العام المنتمية لقانون الدولة التي سينفذ فيها القرار التحكيمي[10].

المطلب الثاني

النظام العام بمفهوم قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري

الفرع الأول

مفهوم النظام العام بمفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري[11]

9 -أنظر -C.A.P. 1/03/2001.Rev.Arb. 2001; note RACINE, n°. 505, p. 294.

10 -ويرى هذا الفقه أن التطبيق العملي الوحيد لقواعد النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص ملاحظ عموما فقط في مادة الإجراءات الجماعية، انظر مرجع محمود بردان، المرجع السابق، ص 395 ومايليها.

11 - راجع ابراهيم علي محمد(محمد)، " القواعد الدولية الآمرة -دراسة في إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني" ، دارالفكر الجامعي ، الإسكندرية، ص 60ومايليها.

أولا: تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري.

حسب FRANCIS KAkIS[12] هي القواعد التي يتعين مراعاتها لأجل حماية التنظيم السياسي والإجتماعي والإقتصادي للدولة. ويعرفها البعض الآخر، بأنها القواعد التي تطبق مباشرة دون الرجوع إلى قواعد الإسناد[13].

وعليه فالقوانين ذات التطبيق الضروري هي مجموعة القواعد القانونية الموضوعية المقررة لحماية النظام القانوني للدولة بمختلف صوره(وهي الوظيفة الغائية لهذه القواعد)، والتي تستدعي انطلاقا من أهميتها تطبيقها تطبيقا مباشرا دون أي إمكانية لدخولها في تزاحم مع القوانين الأجنبية ودون أية حاجة لإعمال قواعد الإسناد(وهي الوظيفة الفنية)[14].

أما فيما يخص معايير تحديدها فقد تعددت آراء الفقهاء بصدد هذه المسألة وانقسم الفقه إلى عدة اتجاهات:

فالبعض قال أنه يجب الإستناد على معيار شكلي للقول بأن القاعدة هي من قواعد البوليس، حيث يعتبر كذلك القانون الذي يحرص المشرع فيه على تحديد نطاق التطبيق المكاني له.

وهناك من استند إلى معيار وظيفي حيث تعتبر قاعدة من قواعد البوليس إذا كانت من قواعد التنظيم. وأما المعيارالفني، فإنه يميز في إطاره بين فكرتي الإقليمية، والنظام العام.

حيث يعد من قواعد البوليس، القواعد ذات الطبيعة الإقليمية في قانون القاضي، والتي يكون واجبا عليه تطبيقها في الحالات التي تدخل في نطاق تطبيقها الإقليمي[15].

أما فكرة النظام العام كمعيار لتحديد قواعد البوليس، فإن هذه الأخيرة تعد كذلك وتطبق مباشرة دون حاجة لإعمال قواعد الإسناد لإنها قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام[16].

12- -FRANCISKAKIS(PH.) ," Y-a t'il de nouveau en matière d'ordre public", travaux de comité de D.I.P.1971", p 149.

13 -أنظر "Quelques décisions sur les lois d'application immediate et leur rapport avec les règles de conflit de lois" Rev.Crit. D.I.P.1966, n° 12.

14 -أنظر -MAUREAU (B.), Op.Cit., p25 et S.

15 -أنظر حول فكرة الإقليمية كمعيار لتحديد قوانين البوليس :

-LOUSSOUARN(Y.) et BOUREL(P.), " Droit international privé", Dalloz, 4e éd. 1993, p 115.

16 -قسمت الجداوي (أحمد) "نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين"، مجلة العلوم القانونيةوالإقتصادية، السنة الثالثة والعشرون، 1981، ص 1 وما يليها.

ثانيا: أسباب ظهور قواعد البوليس.

وتتمثل في سببين :

الأول: تزايد تدخل الدولة في الميادين الإقتصادية و الإجتماعية، سواء في الــدول الإشتراكية أو في الدول الرأسمالية بهدف تحقيق الصالح العام وحمايــة الطــرف الضعيف، مثل قوانين الإيجار الإســتثنائية، تنظــيم العمــل والعمــال، الضــمان والتأمينات، القوانين الخاصة بحماية المستهلكين. وعلى الصعيد الإقتصادي ظهــر ما يسمى بقوانين التوجيه الإقتصادي وفق ما رأته كل دولة مناسبا لها، كــالقوانين المتعلقة بالرقابة على النقد وسعر الصرف والفائدة وقيود الإســتيراد والتصــدير والجمارك والمنافسة وعمليات المصارف والبنوك.

كما أن تأمين الحماية للطرف الضعيف، استدعت تقييد حرية الأطراف التعاقديــة الداخلية بموجب قواعد وأحكام تتسم بطابع آمر[17].

وفي نطاق العلاقات الخاصة الدولية، كان من الضروري تمتع القواعد التي تحد من حرية الأطراف في إبرام العقود بطابع خاص يسمح بتطبيقهــا بصــرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد متى توافرت شروط إعمالهــا وقــد سميت بقواعد البوليس لتمييزهاعن غيرها من القواعد القانونية، كونها تحدد بذاتها نطاق تطبيقها على العلاقات الفردية، وبصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد بمقتضى منهجية التنازع، وكل ذلك رغم التوجهات الحالية التــي تســتهدف مــنح حرية واسعة للأفراد لإختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقاتهم الدولية.

وعليه ذهب البعض إلى تعريف القوانين ذات التطبيق الضــروري بأنهــا بمثابة صمام الأمان الذي تتدخل به الأنظمة القانونية الداخلية للحد من إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في مجال العلاقات الخاصة الدولية[18].

أما السبب الثاني لظهور هذه القواعد يتمثل في قصور منهجية التنازع عن مواجهة بعض الحالات وعلى وجه التحديد قصور آلية الدفع بالنظام العام المعمول بها في إطار هذه المنهجية. ففي منهجيــة التنــازع يكــون للنظــام العــام دور إستبعادي، بينما في منهجية قوانين البوليس يكون لهذه القوانين دائما صفة النظام

---

17 –أنظر MAUREAU (B.), Op .Cit, p25 n° 196.et S.

18 – ابراهيم (نادر)، "مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي"، دار الفكر الجامعي، 2000، ص 392 ومــا يليها.

العام بما يستوجب تدخل هذه القوانين بصورة مباشرة لغرض التطبيق الآمر لبعض الأحكام.

إضافة إلى أن قواعد البوليس تطبق مباشرة على النزاع المطروح على عكس الدفع بالنظام العام الذي يتم إعماله بعد تطبيق قواعد الإسناد ذاتها. فهناك اختلاف مرحلي في تطبيق كل من المنهجين، مما يضفي على قواعد البوليس الطابع الوقائي، أما الدفع بالنظام العام في منهج التنازع فله طابع حمائي، فقواعد البوليس تؤدي إلى إبطال إعمال قواعد الإسناد منذ البداية. أما الدفع بالنظام العام يؤدي فقط إلى استبعاد ما يتعارض من قواعد القانون الأجنبي مع النظام العام.

الفرع الثاني

إعمال قواعد البوليس من قبل المحكمين في إطار القابلية للتحكيم[19]

لا يثار أي إشكال إذا كانت هذه القواعد منتمية إلى القانون الواجب التطبيق على القابلية للتحكيم، إذ يكون إعمالها متوافق مع إرادة الأطراف ولا يشكل أية مفاجأة لهم[20]. لكن الصعوبة تثور إذا لم تكن هذه القواعد منتمية إلى هذا القانون فما هوالحل في هذه الحالة؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب، فهل هناك عقبات تحول دون تطبيق هذه القواعد ؟ وعليه سنتطرق إلى مبررات تطبيق هذه القواعد (أولا)، ثم إلى شروط إعمالها (ثانيا).

أولا: مبررات إعمال قواعد البوليس.

لم تتعرض الاتفاقيات الدولية وحتى التشريعات الداخلية لمسألة تطبيق قوانين البوليس الأجنبية من قبل المحكمين على عكس القضاء. على أن الإتجاه المؤيد لتطبيق هذه القواعد بصدد اتفاق التحكيم يرى أنه وإن كان صحيح القول بعدم وجود قانون إختصاص للمحكمين يلتزم بتطبيقه والطابع الاتفاقي للتحكيم لا يعني إعطاؤه حرية واسعة بتطبيق القواعد القانونية بل بالعكس فإن هذين العنصران يفرضان عليه قيود إضافية:

1-مبدأ الفعالية[21]:

---

19 -راجع عبد العليم الرفاعي (أشرف)، "القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص120 ومايليها.

20 -أنظر -MAUREAU (B.), Op.Cit. p 25.

21 -محمود بردان (إياد) ، المرجع السابق، ص 741 وما يليها.

أن المحكم على خلاف القاضي يهتم بإصدار قرا ر يكــون تنفيــذه ممكنــا ومقبولا، أي أن لا يتضمن القرار التحكيمي أي عيب يمكن أن يؤدي إلى إبطالــه أو رفض تنفيذه من قبل المحاكم التابعة للدولة، فلايجب على المحكــم أن يصــدر قرار مخالف للنظام العام أي لقواعد البــوليس، يجعلــه غيــر قابــل للتنفيــذ أو الإعتراف.

وعليه ففعالية القرار التحكيمي تقتضي طبقا لاتفاقيــة نيويــورك إحتــرام القواعد ذات التطبيق الضروري للبلد الذي صدر فيه القرار التحكيمي، وفي البلــد الذي يتم فيه تنفيذه.[22] وعليه فعلى المحكم أن يتجنب في قراره أسباب الــبطلان لا سيما المتعلقة بالقابلية للتحكيم في قانون دولة صدور القرار التحكيمي أو بلد تنفيذه.

2-مبدأ استمرارية التحكيم:

يشكل الحفاظ على ديمومة واستمرارية التحكيم كوسيلة لحــل المنازعــات الدولية السبب الثاني الذي يعزز فكرة تطبيق قوانين البوليس الأجنبيــة مــن قبــل المحكمين، فإلى جانب التزام المحكمين اتجاه الأطراف بالقيام بمهامهم، يوجد لديهم التزام آخر إتجاه التجارة الدولية التي يشــكل التحكــيم الوســيلة الفضــلى لحــل منازعتها[23].

3-احترام التوقعات المشروعة للأطراف:

لا يقوم هذا المبدأ بدوره كمبرر لتطبيق قواعد البــوليس، إلا فــي حــال التنازع الإيجابي بين قواعد البوليس فتأتي التوقعات المشروعة للأطــراف لحســم هذه المسألة بتطبيق قواعد البوليس التي تتوافق وتوقعات الأطراف، بصورة أكثــر وضوح تطبق قواعد البوليس التي لا تشكل مفاجأة للأطراف[24].

ثانيا: شروط إعمال قواعد البوليس.

هناك ثلاثة شروط يجب توفرها حتى يكون بالإمكان إعمال قواعد البوليس الأجنبية:

---

22 – عبد العليم الرفاعي(أشرف)، "القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع" ، المرجع السابق، 125 ، و انظر المادة 2/05 من اتفاقية نيويورك، لسنة 1958.

23– -Sentence rendue dans l'affaire n°6697 en 1990, Rev.Arb. 1991, p 135;

note ANCEL(P.) :

" La sentence ne heurtra pas l'ordre public international du lieu d'excution et en particulier les lois de police"

24 – صادق(هشام)، "القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، مصر 1995، ص772و 773، شريف(هنية)، المرجع السابق، ص98.

-Sentence rendue dans l'affaire n° 1512 en 1971, J.D.I. 1974, p904.

1-أن يكون قانون البوليس معنيا بالقابلية للتحكيم:

فنتيجة لتدخل الدولة المتزايد في مختلف الميادين، شرعت قوانين تتعلق بقابلية النزاعات للتحكيم. فإذا كان الهدف من قوانين البوليس عادة هو حماية المصلحة العامة كقوانين المنافسة والنقد والصرف تارة، وحماية المصلحة الخاصة، أي الطرف الضعيف في العملية التعاقدية كالأجير والمستهلك والممثل التجاري، تارة أخرى، فقوانين البوليس تحمي المصلحة العامة. ويبرز هنا قانون المنافسة، فلئن كان الفقه والإجتهاد قد سلما بمبدأ قابلية المنازعة المتعلقة بقانون المنافسة، في ضوء القوانين الداخلية الأوربية أو قانون الإتحاد الأوروبي....فإن ذلك كان مصحوبا بالتأكيد على وجوب تطبيق قوانين البوليس الخاصة بالمنافسة في الدول التي تتأثر بالتصرفات المقيدة للمنافسة[25].

وهكذا يكون واجبا على المحكم أن يطبق كقانون بوليس، قانون المنافسة الذي يملك أسبابا مشروعة للتدخل.

أما بخصوص قوانين البوليس المتعلقة بحماية المصلحة الخاصة، فهي تتعلق غالبا بقانون الإستهلاك، والتمثيل التجاري، وهذا في كل مرة تكون هناك صلة وثيقة بين قانون البوليس والقابلية للتحكيم.

2-الصلة الوثيقة بين قانون البوليس والقابلية للتحكيم:

وتظهر فائدة هذا المعيار عندما يوجد تنازع ايجابي بين عدة قوانين بوليس، فيكون من شأن هذا المعيار أن يدفع المحكم إلى ترجيح تطبيق بوليس على آخر. أما في حالة عدم وجود مثل هذا التنازع فلا مجال لإعمال هذا الشرط.

وإذا كانت قوانين البوليس التي تتطلب تطبيقها تستهدف تحقيق ذات المصلحة أو الهدف، فلا نكون أمام حالة تنازع، ويذهب الأستاذ ماير[26] إلى وجوب تطبيق-في هذه الحالة- قانون البوليس التابع لدولة ما ويكون من شأنه بذات الوقت الوفاء بمتطلبات القوانين الأخرى[27].

ولقد أشارت بعض القرارات التحكيمية لهذا الشرط خارج إطار التنازع الإيجابي لقوانين البوليس، وكمعيار لإستبعاد قانون البوليس ذاته، فإستنادا إلى

---

25 – BISCHOFF(J.M), "L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté", J.D.I.1975, P675 et S.

26 – MAYER(P.), "L'interférence des lois de police", Pub. C.C.I. n° 440/1, 1986, p, 329, n° 57.

27 – "Presque toujours l'application de l'une des lois satisfiera en même temps les exigences des autres"

الحجة المتمثلة بغياب الصلة الوثيقة بين قانون البوليس والوضع المتنازع عليه عمد المحكمون في إحدى القضايا إلى إستبعاد القانون النمساوي المتعلق بالرقابة على الصرف، لأنه لا يمثل أي صلة وثيقة مع النزاع المطروح[28].

ونشير إلى أن الصلة بين قانون البوليس وموضوع النزاع تتمثل غالبا بمكان تنفيذ العقد، حيث يكون قانون هذا المكان من القوانين التي تتطلب تطبيقها على الوضع المتنازع عليه[29].

وكذلك مكان إجراء التحكيم وتنفيذ قرار التحكيم، يمكن أن يشكلا الصلة الوثيقة التي تبرر تطبيق قوانين البوليس.

وقد دفعت أهمية هذه الصلة بعض التشريعات والاتفاقيات إلى تبنيها ضمن نصوص خاصة، مثل المادة 19 من القانون الدولي الخاص السويسري والمادة 1/7 من اتفاقية روما 1980 تتطلبان وجود صلة وثيقة بين قانون البوليس الأجنبي والوضع المتنازع عليه حتى يمكن تطبيقها[30].

3-مشروعية تطبيق قانون البوليس.

يقصد بهذا الشرط، أن يعمد المحكم قبل تطبيق هذا القانون، أن يقدر مشروعية المصلحة التي يستهدف قانون البوليس تأمينها وحمايتها، إلا أن المصلحة المحمية قد تكون مشروعة ويتسهدف القانون حمايتها بوسائل تعتبر غير مشروعة، مما يلزم المحكم إستبعادها إستنادا إلى هذه الحجة.

فبالنسبة لشرط مشروعية المصلحة المحمية، يرى البعض[31] أنه ليس غريبا عن فقه وأحكام القانون الدولي الخاص، وهو مانصت عليه صراحة المادة 19من القانون الدولي الخاص السويسري، حيث أشارت صراحة إلى مسألة مشروعية المصلحة المحمية من طرف قانون البوليس المختص.

وأما معايير تقدير مشروعية المصلحة، وإن كان من السهل تقديرها من طرف القضاء العادي، حيث يستند القاضي إلى قانون إختصاصه، فإن الإشكال يثور بالنسبة للمحكم والذي لايملك قانون إختصاص.

---

28 -Sentence rendue sous l'égide de l'association de commerce des grains d'Amsterdam de 1982, citée par DERAINS(Y.), Rev.Arb. 1986, p375 et S.

29 -Sentence rendue dans l'affaire n° 1854 en 1973, citée par DERAINS.Y "Le statut des usages du commerce devant les juridictions arbitrales"Rev.Arb. 1973, p122 et S.

30 -حول إتفاقية روما أنظر:

-LAGARDE (P.), "Le nouveau droit international privé des contrats après l'"ntrée en vigeur de la convention de Rome du 19Juin 1980", R.C. , 1991. P.321-324, n° 44.

31 -RACINE (J.B.), Op.Cit. , p.328, n° 578.

ويظهر الواقع العملي أن المحكمين عمــدوا إلــى اللجــوء فــي تقــديرهم المشرعية إلى المفاهيم السائدة في القانون المختار، وإلــى النظــام العــام عبــر الدولي[32].

ثالثا: عقبات تطبيق قواعد البوليس.

من خلال الإجتهاد التحكيمي نلاحظ أن المحكمين استبعدوا تطبيــق قواعــد البوليس الأجنبية في كل مرة تكون مخالفة للنظام العام عبر الــدولي أو لمبــادئ حسن النية، ومتى كان في تطبيقها مخالفة وعــدم احتــرام لتوقعــات الأطــراف المشروعة وسوف نعطي مثال عن كل حالة:

الحالة الأولى: المخالفة للنظام العام عبر الدولي.

في قرار صادر في 1984، امتنع المحكمون عن تطبيق قــانون البــوليس السوري القاضي بمقاطعة الشركات التي تتعامل مــع اســرائيل، وأشــاروا إلــى تعارضه مع حرية التجارة ومبادئ عدم التمييز العنصري والتي ترتبط بمفــاهيم النظام العام الدولي الحقيقي أو المشترك والتي يتعين على المحكمين ترجيحه على النظام العام الداخلي والمتمثل هنا بقانون البوليس[33].

الحالة الثانية: مخالفتها لمبدأ حسن النية.

في قرار صادر في 1993 [34]، عمدت محكمة التحكيم إلى استبعاد تطبيــق حكم الإفلاس الصادر في دولة أجنبية بسبب مخالفته لمبدأ حسن النية.

الحالة الثالثة: مخالفتها لتوقعات الأطراف المشروعة: [35]

عالجنا الدور الإيجابي لهذا المبدأ سابقا وهنا نشير الدور الســلبي، حيــث يكون لهذا المبدأ دور مستبعد لتطبيق قواعد البوليس، ففي قرار 1979[36]، رفــض المحكمون تطبيق قواعد البوليس الذي يتضمنها القانون الواجب التطبيــق علــى العقد والتي صدرت بموجب تعديل تشــريعي لاحــق علــى ابرامــه بحجــة أن

---

32 –حول النظام العام عبر الدولي أنظر الصفحة 139 ومايليها من هذه المذكرة.

33– -Sentence rendue dans l'affaire n° 3881 en 1984, J.D.I .1986, p1096; note JARVIN (S.):" Sont incompatibles les pratiques de boycottage arabe d'Israîl avec l'esprit de droit et plus particulièrement avec les principes juridiques fondamantaux ....les principes de liberté de cgmmerce et celui de non déscrimination."

34– -C.A.P. 12/01/1993, Rev. Arb. 1994, p 685.

35 –أنظر عبد العليم الرفاعي (أشرف)، " القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والنظام العام"، المرجع السابق، ص6 ومــا يليها.

36– -Sentence rendue dans l'affaire 3093 en 1979, J.D.I. 1980, p951; Note DERAINS (Y.).

الإلتزامات والحقوق المترتبة على العقد تبقى محكومة بالقانون الذي كان مختصا عند إبرامه، وبالتالي لا تطبق إلا إذا كانت متوقعة من قبل الأطراف.

نشير إلى أن جانب من الفقه يذهب إلى عدم التوسع في الأخذ بهذا المبدأ لأن ذلك يتعارض مع مبدأ الفعالية لقرارالتحكيم التي تستدعي أحيانا تجاوز توقعات الأطراف.

المطلب الثالث

تقنية و مدى سلطة المحكمين بإعمال قواعد النظام العام الداخلية [37] في إطار العلاقات الدولية الخاصة

لقد توصلت دراسات الفكر القانوني الخاص بالتحكيم اجتهادا وفقها إلى أن سلطة المحكمين في إعمال قواعد النظام العام الداخلية قد تدرجت من سلطة سلبية تتمثل بإعلان عدم الإختصاص إلى سلطة ايجابية تتجسد في إمكانية القضاء بالبطلان.

الفرع الأول

السلطة السلبية للمحكمين

لقد كان معمولا بها في التطبيقات القضائية والتحكيمية قبل تبني قاعدة استقلالية اتفاق التحكيم التي أثرت بشكل فعال على مسألة نطاق سلطة المحكمين في إعمال قواعد النظام العام.

ونذكر على سبيل المثال بالنسبة للسلطة السلبية، القرار الصادر سنة 1950[38]،حيث عمدت محكمة النقض الفرنسية إلى تبني معيار خرق النظام العام في العقد الأساسي واعتبرت أن اتفاقية التحكيم باطلة، فقد أخذ على القرار التحكيمي في هذه القضية اعتباره عقد البيع المتعلق بمادة مسعرة من قبل السلطة صحيحا، علما أنه لم تثر مسألة بطلان العقد أمام المحكمين إنما أمام محكمة الإستئناف بصدد اعتراض على الصيغة التنفيذية الممنوحة للقرار التحكيمي والتي قررت أن دعوى البطلان يجب إقامتها أمام المحاكم العادية، وأنه بغياب البطلان المسبق يجب على المحكمين البث بعملية البيع دون أن تكون لهم سلطة مناقشة

---

37 –نقصد بقواعد النظام الداخلي هنا، النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص، والنظام العام بمفهوم القوانين ذات التطبيق الضروري، كما سبق وشرحنا.

38– -Cass.Com. 29/11/1950, R.T.D.com 1951, p106; note HEBRAUD(P.), R.T.D.Com1951, p 275; note BOITARD.

صحته، ماجعل محكمة النقض تعتبر بأنه بإمتناع المحكمة عن البحث فيما إذا كان سعر السلعة المبيعة قد تجاوز السعر المحدد، وهو الأمر الذي يجعل البيع مخالفا للنظام العام، ويكون ممنوعا أن يكون موضوع اتفاق تحكيمي، تكون محكمة الاستئناف أفقدت قراراها الأساس القانوني، وقد اعتبر الفقه المعلق على هذا القرار أن هذه الحيثية تجعل من بطلان العقد الأساسي(البيع) سببا لبطلان اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني

الإعتراف للمحكمين بسلطة المعاقبة

أولا: نطاق الإعتراف.

كما سبق وأن قلنا فإن تبني مبدأ الإستقلالية لا سيما الصورة الأولى أعطى للمحكمين سلطة المعاقبة على مخالفة قواعد النظام العام[39].

فقد اعتبر الفقه ومن بينهم RACINE أن غياب سلطة المحكم بمعاقبة خرق النظام العام في ظل الإعتراف بمبدأ الاستقلالية يعتبر أمرا غير منطقي، وأن الإعتراف للمحكم بسلطة المعاقبة ينتج عن السلطة القضائية المسندة للمحكم.

تجدر الإشارة إلى أن هذا الإعتراف بسلطة المحكم لم يصاحب تماما فترة الإعتراف بمبدأ الإستقلالية بصورته الأولى، الناتج عن قرار GOSSET. حيث يرى البعض أن هذا الإعتراف جاء بموجب قرار صدر في 1991[40] في القضية بين شركة هنغارية GANZ والشركة الوطنية للسكك الحديدية التونسية، حيث أبرمت ثلاثة عقود موضوعها تسليم كمية من المعدات الخاصة للسكك الحديدية، وأنه بموجب قرار صادر في 1987 عمدت الحكومة الهنغارية إلى تجزئة شركة GANZ إلى سبع شركات، وعينت واحدة من الشركات الجديدة مسؤولة عن العقود الثلاثة. الأمر الذي دفع بالشركة التونسية إلى طلب إجراء التحكيم وقد أدلت بأن قرار التجزئة مخالف للقانون الفرنسي الواجب التطبيق على القضية وأنه غير نافذ لأنه خداعي وغصبي وهو بذلك يكون مخالفا للنظام العام الدولي، وإدعت الشركة الهنغارية أن قرار التجزئة صحيح في ضوء القانون الهنغاري ونافذ بوجه الشركة التونسية، وأن الشركة المعينة هي وحدها الملزمة بالشرط التحكيمي الوارد في العقود الثلاثة.

---

39 – ذلك بأن سمح مبدأ الإستقلالية بتقرير بطلان العقد الأصلي، وتقدير نتائج هذا البطلان.

40– C.A.P .29/03/1991, Rev. Arb 1991, p 478; note IDOT(L.).

واعتبرت الهيئة التحكيمية أن الشركات السبع ملزمة بصورة تضامنية بالشرط التحكيمي المدرج في العقود الثلاثة. فطعنت الشركات الهنغارية الناشئة ضد القرار التحكيمي مطالبة ابطاله لبطلان اتفاق التحكيم، بسبب عدم قابلية النزاع للتحكيم بسبب خرق المحكمين لمهمتهم، لأن مهمتهم تفرض عليهم البحث فيما إذا كان قرار التجزئة مخالفا للنظام العام أم لا.

وأنه كان يقتضي عليهم إما إعلان عدم اختصاصهم بسبب عدم قابلية النزاع للتحكيم، أو التحقق من صحة ولايتهم عن طريق البحث فيما إذا كان يوجد خرق للنظام العام في القضية يمنع عليهم البث فيها. فقضت محكمة استئناف باريس بأنه :"في مادة التحكيم الدولي، للمحكم الصلاحية لتقدير اختصاصه فيما يتعلق بقابلية النزاع للتحكيم في ضوء قواعد النظام العام الدولي ويملك سلطة تطبيق المبادئ والقواعد المتعلقة بهذا النظام العام، ويملك أيضا سلطة معاقبة خرقه تحت رقابة قاضي الإبطال". وأضافت بأن:" المحكم الدولي الذي تكمن مهمته في تأمين إحترام النظام العام الدولي له السلطة في معاقبة التصرفات المخالفة لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود بين أطراف علاقات التجارة الدولية.

ثانيا: قيود سلطة المعاقبة على نطاق الإعتراف.

يرى الفقه أن هذه السلطة بمعاقبة التصرفات المخالفة للنظام العام ليست مطلقة يمارسها المحكمون عفوا متى تحققوا من وجود المخالفة أوالخرق للنظام العام، إذ أن لإرادة الأطراف دور أساسي في تولية المحكمين سلطة معاقبة خرق النظام العام، وتبرير ذلك أن أساس تأدية المحكم لمهمته ناشئ عن اتفاق الأطراف على التحكيم الذي يمنح المحكم السلطة بفصل النزاع ضمن نطاق الحدود المرسومة من قبلهم، سواء في اتفاق التحكيم، أو في الطلبات و الدفوع المقدمة أمامه[41]، وفي ذلك تختلف وظيفة المحكم كقضاء خاص، عن وظيفة القاضي في نطاق القضاء العام، الذي يجوز له إثارة المسائل المتعلقة بخرق النظام العام من تلقاء نفسه.

وقد انتقد هذا الرأي من طرف البعض من بينهم MOITRY[42]، حيث أعتبر أن العمل الحقيقي للمحكم هو إصدار قرار مطابق للقانون يكون مضمونه معبرا

41-عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 105.

42- - MOITRY(J.H.), "Arbitrage international et droit de la concurence vers un ordre public de la lex marcatoria", Rev.Arb., 1989, n° 1, p. 10.

عن الترابط الشامل للنظام القانوني، ومن غير أن يتعلق ذلك بتقصير الأطراف أو باتفاق خداعي فيما بينهم[43].

الفرع الثالث

خرق النظام العام في موضوع النزاع وأثره على سلطة المحكمين

إن اتفاق التحكيم يكون باطلا، عندما يكون الطلب المقدم أمام المحكمين يتعارض وأحكام النظام العام،[44] حيث أن الطلب من المحكمين تنفيذ عقد غير مشروع يجعل اتفاقية التحكيم باطلة، وهذا على عكس إذا ما كان الطلب يتمثل في تعويض الضرر وإعادة ما دفع.

وعليه، يجب أن يكون موضوع النزاع مخالفا للنظام العام حتى تكون اتفاقية التحكيم باطلة، بما يعرف برابطة التلازم، إنطلاقا من أحكام الإجتهاد الفرنسي التي جعلت من وجود صلة بين خرق النظام العام في العقد الأساس، وموضوع النزاع معيارا لبطلان اتفاقية التحكيم[45].

فقد قضت المحكمة الإستئنافية في هذه القضية بأن تحديد السلطة القضائية للمحكمين يوجد في موضوع النزاع، وليس في طابع القواعد التي تحكم الحل، وأنه في القضية موضوع النزاع هو التعويض عن الضرر الناشئ عن خرق بند في عقد الشركة، وأن المحكمين يستطيعون النظر بالنزاع والبت فيه، محترمين في ذلك قواعد النظام العام[46].

ونشير إلى أنه يجب أن نميز بين خرق النظام العام في موضوع النزاع وخرقه في العقد الأصلي أهمية من حيث نطاق إختصاص المحكم ويظهر ذلك في حالتين:

الأولى: ويكون فيها طلب تنفيذ العقد قد قوبل بدفع مرتكز على البطلان، ويكون المحكم مختصا بتقدير المشروعية، فإذا لاحظ وجود عدم المشروعية، فإن العقد

43- "La véritable mission de l'arbitre est de rendre une solution conforme au droit, dont la teneur exprime la cohérence globale du système juridique. Sans qu'elle dépende de la négligence ou du concert frauduleux des parties".

44 – أنظر السمدان (أحمد)، المرجع السابق، ص 211.

45- C.A. de Rennes 26/09/1984 , Rev.Arb.1986. p441 ; note ANCEL(.P.).

46 – C.A. P. 20/01/ 1989 Rev. Arb. 1989 p. 280 ; note IDOT(L.), "L'arbitrage est exlu, soit en raison de la matière, soit lorsque l'objet de la contestation mettant en jeu des règles impératives, fait apparaitre une violation de l'ordre public."

التحكيمي يكون باطلا، فيكون المحكم غير مختص[47]، أما إذا لاحظ أن المشروعية متوافرة فإن المحكم يستطيع البت بالقضية في الأساس[48].

الثانية: لايكون فيها طلب تنفيذ العقد قد قوبل بأي دفع، وفيها يبدو الأمـــر أكثـــر تعقيدا، ذلك أمام عدم المطالبة من الأطراف بالبت بمسألة البطلان، بل أن المحكـــم وحده إكتشف هذه الحالة، فمن جهة لا يستطيع القضاء بالبطلان لأن أحدا لم يطلب منه ذلك[49]، وإلا يكون قد قضى بأكثر مما هو مطلوب، ومن جهة ثانية من غيـــر المقبول أن يأمر المحكم بتنفيذ عقد يعرف أنه غير مشروع. ففي هذه الحالة يجـــب على المحكم أن يعلن عدم إختصاصه، كون موضوع اتفاق التحكيم يستهدف تنفيـــذ عقد غير مشروع، وبالتالي فهذا الموضوع يكون أيضا غيـــر مشـــروع، مـــايعني بالنتيجة أن اتفاق التحكيم يكون باطلا والمحكم غير مختص بنظـــر النـــزاع تبعـــا لذلك[50].

وأخيرا ، وبالإستناد إلى ماسبق ذكره، فإنه لا يمكن الحكم بـــبطلان اتفـــاق التحكيم لمجرد أن العقد الأساسي غير مشروع، إذ أن هذا البطلان لايوجـــد إلا إذا كان موضوع اتفاق التحكيم أيضا غير مشروع، أي يستهدف تنفيـــذ عقـــد غيـــر مشروع. إلا إذا شملت المنازعة مسألة مشروعية العقد الأصـــلي، فتكـــون بـــذلك داخلة في موضوع النزاع.

المطلب الثالث

إعمال المحكم لقواعد النظام العام عبر الدولي

يرتبط ظهور النظام العام عبر الدولي بفكرة وجود القواعد عبر الدوليـــة[51]، وعليه سنبحث في ماهية كل من القواعد عبر الدولية، والنظام العام عبر الدولي.

نشير إلى أنه لا يوجد أي نص قانوني وضعي يشير صراحة إلـــى فكـــرة النظام العام عبر الدولي أو القواعد عبر الدولية، كل ما في الأمر أن هناك بعـــض

47- C.A.P. 09/10/1962. J.CLA.P, 1962, p124.

48 - C.A.P. 15/06/165, J.C.P1956; note MOTULSKY(H.)

49 -أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 107.

50 -أنظر -MAYER (P.), "L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence", R.C.A.D.I., 1989, p.215-216.

51 -حيث أن تطبيق النظام العام يقتضي وجود قواعد آمرة، يؤدي مخالفتها إلى تقرير جزاء يتمثل عـــادة في الـــبطلان، لأن هـــذه القواعد من النظام العام.

القوانين منها الجزائري وهذا في المادة 458 مكرر17 و المادة 458 مكـــرر23 ، حيث تعرضتا إلى عدم إمكانية تنفيذ أو إعتماد قرارات التحكيم التي تكون مخالفـــة للنظام العام الدولي. وقد ذهب البعض إلى تفسير هذين النصين، يعني الأخذ بعـــين الإعتبار الأحكام الآمرة دوليا، والتي تكون لها الأولوية للأحكام الجزائرية، علـــى أن تؤخذ بعين الإعتبار قواعد التجارة الدولية.[52] كذلك القانون الفرنسي في المواد 1429 و1502 من تقنين الإجراءات المدنية حيث تبنت مفهوم النظام العام الدولي عندما تعرضت لوجوب عدم مخالفة القرار التحكيمي الأجنبي الـــدولي المطلـــوب الإعتراف به أو تنفيذه للنظام العام الدولي في دولة قاضي التنفيـــذ أو الإعتـــراف، وهذا النوع من النظام العام ذو طبيعة وطنية محضة[53]. أما المشـــرع المصـــري ففي صدد تنفيذ قرارت التحكيم ورد بأنه للمحكمة أن تقضي مـــن تلقـــاء نفســـها ببطلان قرار التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية وهذا في المادة 2/53 من قانون التحكيم المصري الجديد.[54]

الفرع الأول

مفهوم القواعد عبر الدولية

أولا: تعريف القواعد عبر الدولية.

هي من أكثر المواضيع إثارة للجدل في إطار التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية.

فيربط البعض ظاهرة القواعد عبر الدوليـــة بظـــاهرة lex marcatoria، أي ظـــاهرة قانون التجار الذي يطبق على العلاقات التجارية الدولية، حيث أصبح تعبيـــر lex marcatoria المصطلح الأكثر شيوعا ودلالة على هذه القواعد[55]. والفقـــه الحـــديث يفضل استخدام مصطلح القواعد عبر الدولية وهذا لعدة أسباب منها قدرتـــه علـــى

---

52 -أنظر قربوع عليوش (كمال)، المرجع السابق، ص 73 ؛

BEDJAOUI(M.) et MEBROUKINE(A.)"Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie"J.D.I.1993, p 905-906.

53 -محمود بردان (إياد)، المرجع السابق، ص 537.

54 -وقد ذهب جانب من الفقه أن عدم ذكر المشرع المصري للفظ الدولي بجانب فكرة النظام العام ترجع إلى أن قـــانون التحكـــيم المصري لا يعالج فقط التحكيم التجاري الدولي، ولكنه يسري أيضا على التحكيم الداخلي.أنظر السيد الحـــداد (حفيظـــة)، المرجـــع السابق.

55 -إلا أن هناك مشكلة في تسمية هذه القواعد، فالبعض يستخدم مصطلح القانون غير الـــوطنيdroit anational، والآخـــر قواعد غير وطنيةrègles anationales، أو أعراف التجارة الدولية ، والبعض الآخر يستعمل مصطلح قواعد عبر دوليـــة règles transnationales، أما الأطراف فيستعملون تعابير عديدة للتعبير عن نية تطبيق هذه القواعد، كتعبير القواعد العامـــة لقـــانون التجارة الدولية والمبادئ العامة المعترف بها أو المبادئ المشتركة.

التمُيز عن الأنظمة القانونية الداخلية[56]. وهي قواعد معيارية من خلق الجماعـات المستقلة على صعيد التجارة الدولية وليست من لدن جهاز تشريعي لدولة ما[57].

ثانيا: مدى إلزامية القواعد عبر الدولية.

يقصد بإلزامية القواعد عبر الدولية استقلال هذه القواعـد عـن الأنظمـة الداخلية، وهي مسألة أولية، يتوقف عليها مدى صحة القول بتحرر العقد من أحكام القوانين الداخلية، أمام قضاء التحكيم الدولي، ليخضع لأحكام هذا القانون التجاري الدولي، لأن إفتقار قواعد هذا القانون للقوة الملزمة يعني أن يصبح العقـد طليقـا بدون قانون، وهو الأمر الذي يرفضه الفقه الحديث[58]. فانقسمت آراء الفقـه إلـى قسمين بصدد هذه المسألة: الأول ينكر تمتعها بهذه الصفة والثـاني يعتـرف لهـا بذلك.

1-الإتجاه المنكر:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم الإعتراف للقواعد عبر الدولية بالصـفة الإلزامية بالإستقلال عن الأنظمة القانونية الداخلية إستنادا إلى الحجج الآتية:

عدم تمتع هذه القواعد بصفة القاعدة القانونية(التجريد والعمومية)، وفرض الجزاء المادي، حيث يأخذ عليها البعض كونها ستار لمجابهة الدول الناميـة فـي بنـاء اقتصادها[59]، وأن خلق هذه القواعد عادة ما تكون لمراعاة مصالح الشركات عبر الدولية عن طريق تحييد دور القانون الوطني كأداة توجيه للإقتصاد القومي خاصة في الدول النامية.

كما أنه لا يوجد قانون دولي للتجار، وإنما عادات وأعراف خاصة بتجـارة محددة(الحبوب، القمح،البن...الخ). كما أنها لا تتمتع بـالجزاء المـادي[60]، وقـد

---

56 -ولقد عمدت جمعية القانون الدولي في مؤتمرها المنعقد في القاهرة في سنة 1992، إلى تفضيل استخدام مصطلح قواعد عبر دولية على غيره من المصطلحات.

57 - أبو زيد رضوان ،"الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي-القواعد التي تحكم موضوع النزاع" المقال السابق، ص48.

*ويرى البعض أن هذا لا ينفي وجود بعض القواعد عبر الدولية ذات طابع تشريعي، مثل تقنين التجارة الدولية التشيكي الصـادر في 1963/12/04، والذي يحتوي على 726 مادة تعالج علاقات الأطراف في العقود التجارية الدولية على نحو متميز عن القواعد التي تنظم هذه العلاقات في إطار العقود الداخلية.أنظر ياقوت(محمود)، المقال السابق، ص 297.

58 -أنظر ياقوت(محمود)، المرجع السابق، ص 297.

59 -محمود درويش، "قانون التجار الدولي الجديد، دراسة تحليلية في lex marcatoria"، بـدون ناشـر، مصـر، 1995، ص 8 ومايليها.

60 -أنظر ياقوت(محمود)،المرجع السابق، ص 320 عن .LOUSSOURON et BREDIN

وصفوا القواعد عبر الدولية بأنها متناقضة وناقصة وأنها قواعد مكملـــة [61]وأنهـــا إحساس شخصي بالعدالة[62].

وقد ذهب البعض الآخر إلى القول بأن مجتمع الأعمال عبر الدولي مجتمع غير منسجم بسبب اتساع نطاق هذه الأعمال[63].

2- الإتجاه المؤيد:

يرى هذا الإتجاه أن هذه القواعد تتمتع بالطابع الملزم، استقلالا عن الأنظمة القانونية الداخلية.

أما عن حججه:

فيرى أصحاب هذا الإتجاه أنه وبعكس ماذهب إليه الرأي الأول، فـــإن الأعـــراف التجارية الدولية والمبادئ العامة المستقرة في قضاء التحكـــيم الـــدولي تتمتعـــان بخاصيتي التجريد والعمومية[64].وإذا كان الأمر لايحتـــاج لأي نقـــاش بخصـــوص الأعراف لجهة تمتعها بهاتين الصفتين، فإن الأمر خلاف ذلك بشأن المبادئ العامة عبر الدولية، حيث أخذ عليها عدم ملاءمتها للطرف الضعيف ومحاباتها للشركات عبر الدولية و للدول المتقدمة. وهو أمر يحرمها من صفة التجريد[65].

ومن حيث العمومية، فلئن كانت الأعراف عبر الدولية عبارة عن تطبيقات مهنية، تختلف باختلاف السلعة أو الخدمة التي تتعلق بتنظيمها، فإن ذلك لايحرمهـــا مـــن صفتها كقواعد عامة مجردة، كونها لاتحكم حالات فردية، إنما تنظم مهنة أو خدمة من بين مهن وخدمات التجارة الدولية، فحصر هـــذه الأعـــراف لا يـــؤثر علـــى عموميتها وتجريدها.

ويري FOUCHARD، أن هذه الأعراف تتمتع بصفة الجزاء، وهو ما يضفي عليها صفة القواعد القانونية، إذ يشير إلى تضمنها لنوعين من الجزاءات، الماليـــة والمعنوية، كتقديم تأمين لتغطية مصاريف الحكم أو مبلغ التعويض الذي قد يحكـــم به المحكم[66]. كما يرى أن ما يعزز إعتبار القواعد عبر الدوليـــة بمثابـــة قواعـــد

---

61 -أنظر ياقوت(محمود)،المرجع السابق، ص 323 .

62 -أنظر بشأن هذه الحجج، محمود بردان (اياد) ، المرجع الســـابق، ص 544؛ KASSIS(A.) "Théorie générale des usages du commerce international ", Op.Cit. n° 633.

63 -أنظر ياقوت (محمود)، المقال السابق، ص 323.

64 -أنظر أبو زيد رضوان ، المقال السابق، القسم الرابع، ص 53.

65 - محمود بردان(إياد)، المرجع السابق، ص 548.

66- -FOUCHARD(PH.), "L'arbitrage commercial....", Op.Cit. , p 23 et S.

قانونية ملزمة، هو إعتماد المعاهدات الدولية و التشريعات الداخلية لهذه القواعد صراحة أو ضمنا[67].

فمثلا في معاهدة نيويورك 1958، وإن لم تتخذ موقفا صريحا، فإنها لاتمانع في تطبيق هذه القواعد، خلافا لمعاهدات جنيف الأوربية 1961(المادة 7)، وواشنطن1965(المادة42)، وعمان العربية(المادة 21)، حيث أشارت صراحة إلى إمكانية تطبيق الأعراف التجارية أمام المحكمين.

ثالثا: مصادر القواعد عبر الدولية.

وتنقسم إلى :

1-مصادر رئيسية: وتتمثل في

أ-الأعراف التجارية الدولية: تعد هذه الأعراف أهم مكونات القانون التجاري الدولي[68]، وهي لا تتميز عن الأعراف الداخلية بأركان خاصة بها، إذ أن ركني العرف المادي المتمثل بتواتر العمل بقاعدة معينة أو بإستمرار معين أو اعتياد الناس على سلوك معين، والمعنوي المتمثل بإعتقاد الناس أن القاعدة التي نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة[69]، مطلوب توافرهما في ميدان التجارة الدولية، كما في ميدان العلاقات القانونية الداخلية.

كما يمكن القول أنها قواعد ذات طابع مهني أو قواعد عرفية لا تنتمي بأصلها إلى قواعد مستمدة من قانون دولة ما، بقدر ما تستمد من واقع ما يمكن أن يطلق عليه مجتمع دولي للتجار[70].

وقد أصبحت أهمية الأعراف التجارية الدولية أكبر من أهمية الأعراف الداخلية، بحسبانها قانون إختصاص المحكم[71]، ويلاحظ هذا من خلال الأحكام الصادرة بصدد العلاقات الدولية التي ظهر مدى وحجم الأخذ بالأعراف والعادات الدولية[72]. وقد دفعت أهمية الأعراف الدولية إلى تقنينها في إطار معاهدات دولية،

---

67 - -FOUCHARD(PH.), "L'arbitrage commercial....", Op.Cit. , p 25 et S.

68 -أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 119؛ وياقوت (محمود)، المقال السابق، ص310.

69 -حسن كيرة ، " المدخل إلى القانون"، دار النهضة العربية ، بيروت 1967، ص 351 ومايليها.

70 - أنظر أبو زيد رضوان ، "القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع"، المقال السابق، ص 45 وما بعدها.
-KHAN (PH.)" La vente commercial international ", Thèse de doctorat. Paris 1961.p20-43.

71 -أنظر أبو زيد رضوان ، المقال السابق، القسم الرابع، ص 55.

72 - -Sentance rendue dans l'affaire n° 4131, en 1982 , Clunet1983, p899.

أو إلى النص على إلزاميتها وضرورة الأخذ بها، ففي إطار المعاهدات الدولية تبرز معاهدة الأمم المتحدة الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1985[73].

هذا، وقد فصلت العديد من هيئات التحكيم في وجود وصحة اتفاق التحكيم دون الإستناد إلى قانون وطني معين، ولكن بالرجوع إلى مبادئ عامة عبر دولية وعادات وأعراف التجارة الدولية[74].

ب-مبادئ عامة عبر دولية.

يشير الفقه[75] إلى عدة نظريات في تحديد المبادئ العامة عبر الدولية، فالبعض اعتبرها قواعد قانونية داخلية مشتركة، والبعض الآخر اعتبرها تلك المبادئ المشار اليها في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية. (انظر لاحقا)

أما الفقه الحديث فينظر إليها وفق منظر خاص حيث يعتبرها قواعد نشأت بفعل السوابق التحكيمية في العلاقات القانونية الدولية[76]، حيث استطاع المحكمون أن يضفوا على هذه القواعد ذاتيتها المتفقة وطبيعة التجارة الدولية، وهذا يظهر في قرارات التحكيم التي أشارت إلى المبادئ العامة عبر الدولية بوصفها مبادئ القانون التجاري الدولي .lex marcatoria[77].

وقد أوّل بعض الفقه الجزائري أن عبارة قواعد القانون الواردة في المادة 458 مكرر14 على أنه فتح المجال للأخذ بالمبادئ العامة للقانون[78].

ونشير إلى أن من الفقه من يرى أن هذه المبادئ، لاينظر إليها في الواقع إلا بمنظار يتأكد من خلاله إعمال قانون القوي على الضعيف. الأمر الذي يصبح معه أمر تدويل هذه المبادئ التي تحكم المنازعات في العقود، هو في الواقع تكريس لمفاهيم القوانين الدول المتقدمة[79].

2-مصادر أخرى عامة:

***الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية.**

---

73 -حيث نصت المادة 9 منها: " يلتزم الأطراف بالأعراف التي إتفقا عليها وبالعادات التي إستقر التعامل عليها بينهما، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك...

74 -أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص100.

75 -أبو زيد رضوان ، المقال السابق، ص 63.

76 – أنظر عبد الكريم سلامة(أحمد)، المرجع السابق، ص 259 وما يليها.

77- -Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n°3327 en 1981, J.D.I. 1982, p971.

78 -أنظر تراري (تاني)، " التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، المقال السابق، 46.

79 -أبو زيد رضوان، المقال السابق، ص 69.

إستجابة لظروف الروابط الخاصة الدولية تلجأ الدول فيما بينها إلى إبـــرام اتفاقيات تتضمن قواعد مادية وضعت خصيصا لتحكم هـــذه الـــروابط، بحيـــث لا تسري هذه القواعد إلا بشأن العلاقات الخاصة الدولية دون الداخلية، الأمر الـــذي حذا بالفقه الغالب إلى إعتبار هذا النوع من الاتفاقيـــات مصـــدر للقواعـــد عبـــر الدولية[80].

وتتمثل هذه الاتفاقيات في الاتفاقيات الخاصة بالبيوعات الدولية، وبـــالتحكيم التجاري الدولي، وكذلك الاتفاقيات التي تستهدف غالبا توحيد القواعـــد، وظهـــور قواعد عبر وطنية تكون ملاءمة أكثر من القواعد الداخلية، لحكم العلاقات التجارية الدولية[81].

الفرع الثاني

النظام العام عبر الدولي

النظام العام الدولي الحقيقي[82]، النظام العام للقانون التجاري الدولي والنظام العام غير الوطني كلها تسميات أطلقها الفقهاء على النظام العام الذي يجب أن يعتد به في نطاق العلاقات القانونية الدولية، إلا أن التسمية الشائعة هي النظـــام العـــام عبر الدولي، ومهما تعددت التسميات فإن الشيئ الأكيد هو أن النظام العام يشكـــل الجانب الآمر في القواعد القانونية عبر الدوليـــة،

الذي لا يجوز للعاملين في ميدان التجارة الدولية مخالفة أحكامه، إن مـــن حيـــث اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على علاقاتهم أو من حيث موضوعها[83].

نشير إلى أن النظام العام عبر الدولي كمحاولة فقهية برز بعد صدور عـــدة قرارات، لهذا فإن مفهومه حديث بالنسبة لبقية الأنواع من الأنظمة العامة. وعليـــه فوجوده لازال موضوع نقاش في الفقه والإجتهاد على حد سواء. وبالنسبة للقانون

---

80 -أنظر ياقوت (محمود)، المقال السابق، ص 304.

81 -من ذلك: اتفاقية فينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المبرمة سنة 1955. وكـــذلك الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي والتي تعرضنا إليها في عدة مرات ضمن هذه المذكرة، مثل اتفاقيـــة نيويـــورك 1958، الاتفاقية الأوربية 1961......

82- -LALIVE(P.),"Ordre public transnational ou rèellemnt interantional et arbitrage international",Rev. Arb.1986, p329.

83 - محمود بردان (إياد)، المرجع السابق، ص 568.

الجزائري فإن التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي غير معروف، وعليه فالقاضي هو الذي يحدد معنى مضمون النظام العام الدولي[84].

أولا: وجود النظام العام عبر الدولي.

انقسم الفقه بشأن هذه المسألة إلى قسمين، الأول لايعترف بوجود هذا النظام والآخر يؤيد فكرة وجوده.

1-الإتجاه المنكر:

يذهب جانب من الفقه إلى إنكار وجود مثل هذا النظام العام[85]، حيث يــرى أن النظام العام بمفهوم القوانين الداخلية يمكن له أن يقدم نفس الحلول.

ويبرر هذا الإتجاه موقفهم بما ذهبت إليه القرارات التحكيمية التي عمــدت إلى إبطال العقود لعلة الرشوة. حيث في سنة 1963 أكــد المحكــم أن القــانونين المعنيان بالنزاع وهما القانون الفرنسي والأرجنتيني قد خرقا، قبل أن يشير إلى أن الرشوة مخالفة لمتطلبات النظام العام عبر الدولي[86].

كذلك قرار سنة 1982[87]، اعتبر المحكم أن العقد مخالف للقانون الفرنســي والإيراني قبل أن يعلن أن الرشوة مخالفة للآداب وأخلاقيات التعاملات الدولية.

كما أن هناك جانب آخر يستند إليه أصحاب هذا الإتجاه يكمن فــي غيــاب الإجماع حوله وانطلاقا من عدم وجود قانون اختصاص للمحكمين، ممــا يجعــل ضمير المحكم المصدر الوحيد لحل النزاع بصرف النظر عما إذا كانت القواعــد التي يطبقها مشتركة بين جميع الدول.

ويعتبر الفقه العربي وخصوصا المصري من المنتقدين لفكرة وجود النظام العام عبر الدولي. حيث لم يشر المشرع المصري حتى في معرض بحثه لأسباب رفض الإعتراف أو تنفيذ المحاكم التحكيمية الأجنبية أو الدولية إلى النظــام العــام الدولي.

ويرى الفقه المصري أن النظام العام دائما يكون وطني بمعنى أنه يتحــدد وفقا لمعايير مستمدة من المجتمع الداخلي[88]. أما الأستاذ مختار بريــري، يضــيف

---

84 -أنظر عليوش قربوع(كمال)، المرجع السابق، ص 73؛

-TARARI-TANI (M.), "Les règles d'arbitrage international en algérie",Op.Cit .p 269.

85 - - MAYER(P.), "La règle morale dans l'arbitrage international, étude offerte à BELLET", Paris 1991, p379et s.

86 -مشار إليه في كتاب محمود بردان(اياد)، المرجع السابق، ص 569

87- -Sentence rendue dans l'affaire n° 3916 en 1982, J.D.I.1984, 930; note JARVIN(S.).

إلى ما سبق أن فكرة النظام العام الدولي هي فكرة غامضة جاءت بها الدول المتقدمة لإهدار مصالح الدول النامية، لذلك لا يمكن الاعتراف بوجود نظام عام دولي حقيقي، إلا إذا تلاشت الهوة بين دول العالم المتقدم والدول المتخلفة أو النامية[89].

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد سبق وأن رأينا موقفه سواء بالنسبة في تقنين الإجراءات المدنية الجديد أو بالنسبة لتفسير الفقه لهذه النصوص.

2-الإتجاه المؤيد:

يعتبر أنصار هذا الإتجاه أن ما ذهب إليه أصحاب الإتجاه المنكر لا يتناسب مع الواقع العملي[90]، وأشاروا أن فائدة النظام العام بهذا المفهوم تتلاءم وطبيعة التحكيم التجاري الدولي.

و ردا على الحجج التي أشار إليها الإتجاه المنكر والمرتبطة بإستناد المحكم إلى ضميره عند الفصل في النزاع، إعتبر أنصار هذا الإتجاه أن هذه الفكرة تنطوي على خطرين:

الأول: أن هذه الفكرة تضع الأطراف في حالة من عدم التوقع، مع أن المتعاملين في ميدان التجارة الدولية يلجؤون إلى التحكيم لإهتمامهم بالحلول المتوقعة، وهذا الأمر لا تؤمنه فكرة اللجوء إلى ضمير المحكم[91].

وردا على حجة غياب الإجماع حول النظام العام عبر الدولي، فيرون أن ذلك غير كافي للقول بعدم إمكانية نشوء قاعدة آمرة معينة تصبح من قواعد النظام العام عبر الدولي، لذلك فإن مجرد تبني لقاعدة ما في أكثرية النظم القانونية من شأنه أن يجعلها قاعدة نظام عام عبر دولي.

أما الإجتهاد التحكيمي والدولي فليس ببعيدين عن هذا التوجه، فعلى صعيد القرارات التحكيمية عمد المحكمون إلى تبني مفهوم النظام العام عبر الدولي منذ منتصف القرن الماضي، فبقرارهم الصادر سنة1951 أشار المحكمون إلى نظام

---

88 – عبد الرحمان (هدى)، "دور المحكم في خصومة التحكيم"، مصر 1997، ص 296.

89 – أحمد بريري (مختار)،المرجع السابق، ص 137.

90 –محمود بردان (اياد) ، المرجع السابق، ص 572.

91 – FOUCHARD(PH.), GAILLARD(E), GOLDMAN(B), Op Cit, n° 1522, p866.

عام دولي يحكم حضارتنا بمعناه الحقيقي وليس النظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص[92].

كما أشارت القرارات الحديثة نسبيا إلى مفهوم النظام العام بشكل صريح دون أن تعمد إلى تعريفه. ففي القرار الصادر في 1990[93]، عمد المحكمون في نزاع بين شركة اسبانية وأخرى فرنسية، أثيرت فيه مسألة تطبيق قانون المنافسة في الإتحاد الأوروبي إلى إعتبار أن قواعد هذا الأخير لا تشكل جزءا من النظام العام عبر الدولي.

وتتمثل التطبيقات الأكثر شيوعا للنظام العام عبر الدولي في القرارات التحكيمية التي تعرضت لمسألة إمكانية لجوء الدولة وسائر الأشخاص العموميين للتحكيم. (انظر لاحقا)

كذلك القرارات الصادرة من بعض المحاكم الدولية أخذت بمفهوم النظام عبر الدولي في قضايا أثيرت أمامها، نذكرعلى سبيل المثال القرار الصادر سنة 1994 عن المحكمة الفيدرالية السويسرية، حيث تساءلت عن مفهوم النظام العام الملحوظ في المادة 2/190 من القانون الدولي الخاص السويسري. حيث أشارت إلى كون المسألة المطروحة هي معرفة أي نظام قانوني أو منظومة قِيَم سويسرية أو أجنبية فوق وطنية أم عالمية ينتهي إليها مفهوم النظام العام الملحوظ في المادة 2/190 وانتهت إلى اعتباره نظاما عاما دوليا حقيقيا.

كما أن تبني مبدأ الإستقلالية بصورتيه، أي عن العقد الأصلي وعن كل القوانين الوطنية وعدم وجود قانون إختصاص للمحكمين يُسَنِّدُ فكرة نظام عام عبر دولي.

كما أن هناك من يقول أن نص التشريعات على إمكانية تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية LEX MARCATORIA توجد إمكانية كبرى للقول بوجود القواعد عبر الدولية، وبالتالي يوجد نظام عام عبر دولي يتجسد بالطابع الآمر لقسم من هذه القواعد ومثل هذا الوجود سيتعزز بإطراد التجارة الدولية ونموها مع ما يرافقها من عولمة إقتصادية[94].

---

92 – -Sentence citée par FOUCHARD, " L'arbitrage commercial .... ", Op.Cit. p 400, n° 573; C.A.P. le 20.06.2002. -Société Ordatech c/ Société Management.Rev.Arb.2002n° 970 et S; note RACINE (J.B).

93 – -Sentence rendue dans l'affaire n°6503 en 1990, J.D.I. 1995, p1022.

94 – محمود بردان (إياد)، المرجع السابق، ص 588.

وأخيرا نشير إلى أن الإعتراف بوجود نظام عام عبر دولي لم يــرد فـــي التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم حيث إقتصر بعضها في معرض الإعتــراف وتنفيذ القرارات التحكيمية أو في معرض الإشارة إلى طرق الطعن بهذه القرارات إلى وجوب عدم تعارضها مع النظام العام الدولي والبعض الآخر إكتفـــى بـــذكر عبارة النظام العام.

ثانيا: مصادر النظام العام عبر الدولي.

إن القول بأن النظام العام عبر الدولي بمثابة القواعد الآمرة للقواعد عبــر الدولية يدفع إلى القول بوحدة مصادرهما، إلا أن هناك إختلاف في ترتيبها وقوتها بالنسبة للنظام العام عبر الدولي عنه في القواعد عبر الدوليــة، وسنقســمها إلـــى مصادر عامة ومصادر خاصة.

1-المصادر العامة.

تتمثل في القواعد والمبادئ السائدة في القانون الدولي العام وتنقســم إلـــى ثلاثة:

أ-قواعد jus cogens .

هي قواعد آمرة تطبق في نطاق القانون الدولي العـــام، ويشـــير الـــبعض وانطلاقا من إعتبار هذه القواعد آمرة تطبق على كل الدول، فإنها تعتبـــر قواعـــد نظام عام واجب التطبيق على العلاقات القانونية بين أشخاص القـــانون الـــدولي، مستندا في ذلك إلى المادة 53 من اتفاقية فيينا، لسنة 1969 التـــي أشـــارت إلـــى بطلان كل اتفاق يكون لحظة إبرامه في حالة تعارض مع قاعدة آمرة في القـــانون الدولي العام.

فإذا كان الأمر يتعلق بقواعد القانون الدولي العام، فإن التساؤل يُطرح حول علاقتها بالنظام العام عبر الدولي الذي يبرز في إطار التحكيم الدولي؟

ذهب جانب من الفقه، بصدد هذه المسألة إلى أنه وإن كانت العلاقة منعدمة بين التحكيم والقانون الدولي العام، فذلك لايمنع المحكم من إعتبار بعض قواعد jus congens، مشتركة بين مجموع الدول المكونة للمجتمع الدولي، لما تتمتع بـــه مـــن طابع شمولي وعالمي[95].

ب-المبادئ العامة المتضمنة في إطار المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية.

---

95 -أنظر RACINE.(J.B.), Op.Cit. , p.369, n° 654.

هي المبادئ العامة للقانون في الدول المتحضرة، والتي تتعلق بالقانون الدولي العام. يمكن للمحكمين تطبيقها في إطار العلاقات الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها.

وتتعزز هذه الوجهة بما نصت عليه المادة 42 من معاهدة واشنطن لسنة 1965 التي أجازت للمحكم امكانية تطبيق مبادئ القانون الدولي على العقود المبرمة بين الدولة أو أحد المؤسسات العمومية التابعة لها مع الأشخاص الأجانب[96].

هذه المبادئ يمكن تشبيهها بالمبادئ العامة المذكورة في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية التي يمكن اعتبارها من مبادئ النظام العام عبر الدولي[97].

ج-المعاهدات الدولية :

إن توقيع عدة دول على المعاهدات وإن دل على شيئ إنما يدل على توافق هذه الدول على قاعدة معينة. الأمر الذي يشكل بالنسبة للمحكم إمكانية استيحاء قواعد النظام العام عبر الدولي من القواعد الملزمة التي تضمنتها. على سبيل المثال المعاهدات المتعلقة بمكافحة التجارة غير الشروعة. بالإضافة إلى هذه المصادر يمكن إعتبار قرارات الأمم المتحدة وتوصياتها وتوصيات المنظمات التابعة لها والقوانين الموحدة الصادرة عنها مصدرا من مصادر النظام العام عبر الدولي. فاعتبروا أن إجراء الحصار على العراق عند اجتياحه الكويت سنة 1990 ملزم للدول الأعضاء في الأمم المتحدة و يعتبر قاعدة دولية تفرض بصورة إلزامية على كل الدول الأعضاء وعليه فإن قاعدة تحريم التعامل التجاري مع العراق تعتبر قاعدة آمرة في القانون الدولي تفرض على الدول وكذا المحكمين، وهي تشكل نظام عام دولي حقيقي ليس بموضوعها فقط وإنما بمصدرها أيضا[98].

2-المصادر الخاصة:

96 -حيث تنص المادة 1/42:" تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها وما ينطبق من مبادئ القانون الدول".

97 – محمود بردان (إياد)، المرجع السابق، ص 581.

98- - FOUCHARD(PH.),G AILLARD(E.), GOLDMAN(B.), Op. Cit, n° 1522, p868.

-حول مضمون هذا الإجراء راجع قراري مجلس الامن ، رقم 660و661 بتاريخ 2 و 3 أوت 1990.

يمكن لعادات وأعراف التجارة الدولية أن تلعب دورا في عملية إعداد وتكوين النظام العام عبر الدولي. كذلك مدونات السلوك والأنظمة المهنية الخاصة بأنواع معينة من التجارة يمكن أن تساهم بشكل غير مباشر في تكوين قواعد ذات طابع نظام عام عبر دولي، وتوافق العاملين في ميدان التجارة الدولية على الأخذ بهذه القواعد يساهم في بلورة قواعد النظام العام عبر الدولي[99].

ثالثا: وظائف النظام العام عبر الدولي.

للنظام العام عبر الدولي وظيفتان، واحدة إيجابية وأخرى سلبية، ومن نتائج تطبيقهما الإعتراف بسموه، وأولوية تطبيقه إن بالنسبة للقوانين الداخلية أو بالنسبة لإرادة الأطراف.

1-وظيفة سلبية: يقصد بها أن يقوم المحكم بإستبعاد القانون الواجب التطبيق سواء كان مختارا من قبل الأطراف أو كان معينا استنادا إلى تركيز موضوعي، أو استنادا إلى قاعدة إسناد من القواعد المعروفة في القانون الدولي الخاص[100].

وتشبه هذه الوظيفة تلك التي يقوم بها الدفع بالنظام العام الوطني في إطار القانون الدولي الخاص أمام القاضي الوطني، كما سبق وأن بيناه.

2-وظيفة ايجابية: تتمثل في أمرين :

الأول: تقريره عبر المحكمة أو المحكم بطلان العقود أو البنود المخالفة له[101]، و**الثاني** هو تطبيق قواعده بعد استبعاد القانون الواجب التطبيق أصلا لمخالفته لأحكامه.

وعليه، فإنه عندما يعمد المحكم إلى تطبيق قواعد النظام العام عبر الدولي مباشرة على النزاع المعروض أمامه، فإن الوظيفة الرئيسية لهذا النوع من النظام العام تكمن في إبطال العقد موضوع النزاع أو أحد بنوده التي تمثل خرقا له، وهذا يظهر جليا في القرارات التحكيمية التي قضت بإبطال العقود التي تشوبها الرشوة أو صرف النقود أو العمولات غير المشروعة[102].

---

99 - KAHN (PH.), "Les réactions des milieux économiques illicite dans le commerce international", Rev.Arb. 1992, p477et S.

100 - GOLDMAN(B.), "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", R.C.A.D.I. 1 963, T2, p 442.

101 -أنظر عبد القادر (ناريمان)، المرجع السابق، ص 341.

102 -محمود بردان (اياد) ، المرجع السابق، ص 591.

وعليه فإن النظام العام عبر الدولي يقيد حرية الأطراف التعاقدية المتعـاملين فـي ميدان التجارة الدولية وفي ذلك تشابه مع دور النظام العام الـداخلي فـي إطـار العلاقات القانونية الداخلية.

ويمكن مقارنة هذا الدور الذي لعبه النظام العام في قـرار DALICO سـنة 1993 والذي أشرنا إليه في موضع سابق، الذي قضـت فيـه محكمـة الـنقض الفرنسية بأن تقدير صحة اتفاقية التحكيم يتم على ضوء النظام العام الدولي وحده. الأمر الذي يعني أن هذه المحكمة تبنت في هذا القرار قاعـدة ماديـة مفادهـا أن للنظام العام هنا وظيفة واحدة هي ابطال اتفاقية التحكيم المخالفة لـه أو اسـتبعاد إرادة الأطراف[103]، وفي هذا اقتراب وتماثل مع الوظيفة التي يقوم بها النظام العام الداخلي[104].

أما **المظهر الثاني** للوظيفة الإيجابية للنظام العام عبر الدولي، يتمثل بتطبيق أحكامه بعد استبعاد القانون الواجب التطبيق، فعنـدما يجـد المحكـم أن القـانون المختار من قبل الأطراف مخالف للنظام العام عبر الدولي، فإنه يعمد إلى استبعاد أحكام ذلك القانون، وبالتالي تطبيق مبادئ النظام العام عبر الدولي، وفي حال كان إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق منتفيا، فإن المحكم يسـتطيع أن يطبـق قواعد النظام العام عبر الدولي. ونشير إلى أنه وحتى يقوم النظام العام عبر الدولي بوظائفه في إطار العلاقات الخاصة الدولية يقتضي الإعتراف له بميزة السمو على الأنظمة العامة الداخلية المخالفة له[105]، وكذلك إرادة الأطـراف[106]. ومـا يعـزز الميزة الأولى القرارات التحكيمية والقضائية الخاصة بأهلية الدولـة والأشـخاص العموميين باللجوء إلى التحكيم والتي تم فيها إستبعاد أحكام القوانين الداخلية التـي تحظر عليها اللجوء إلى التحكيم، كما سنراه لاحقا. وإستبعاد مثل هذه القواعـد لا يتم إلا عبر الإعتراف بسمو النظام العام عبر الدولي وتغليبه على قواعـد النظـام العام الداخلية. أما بالنسبة لسمو النظام العام عبر الدولي علـى إرادة الأطـراف، فأمام سيادة إرادة الأطراف في العملية التعاقدية، تسقط وتهمل أمـام ضـرورات

103– -FOUCHARD (PH.),GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), Op. Cit., n° 441, p249.

104 – - MAYER (P.), " Note sous l'arret DALICO 20/12/1993" , R.C 1994, p664 et S :"La fonction assigné à l'ordre public international est plus proche de celle que remplit normalement l'ordre public interne".

105 –أنظر خليل (أحمد)،المرجع السابق، ص 109.

106 – محمود برادن (اياد)، المرجع السابق، ص 594 ومايليها.

الحفاظ على المصالح التي يجسدها ويؤمنها النظام العام عبر الدولي، وبالتالي فإنه يكون على المحكم أن يطبق قواعد النظام العام عبر الدولي.

رابعا: نطاق النظام العام عبر الدولي.

تستهدف قواعد النظام العام عبر الدولي الحفاظ على مصالح أعلى من مصالح العاملين في ميدان التجارة الدولية.

1- حماية مصالح المجتمع الدولي:

استنادا إلى قرارات تحكيمية والأراء الفقهية، فقد تقررت بعض قواعد النظام العام عبر الدولي تستهدف حماية مصالح سامية على إرادة الأطراف وحتى على القوانين الداخلية، ومن هذه القواعد تلك الخاصة بمكافحة الرشوة، حماية حقوق الإنسان، وكذلك القواعد الخاصة بمكافحة الإتجار بالمواد الخطرة، والقواعد الخاصة بالحفاظ على البيئتين الثقافية والطبيعية، وكما سنرى فإن تقرير إمكانية الدولة والأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم يشكل أحد التطبيقات الهامة التي ساهمت في بلورة مفهوم النظام العام عبر الدولي الذي يسمو على قوانين الدول الداخلية المخالفة لأحكامه. وسوف نعطي مثالا للإجتهاد التحكيمي أو القضائي عن كل حالة.

أ- الرشوة :[107]

حسب القرار التحكيمي الحديث نسبيا والذي أورد صراحة مصطلح النظام العام عبر الدولي تمثل بالقرار الصادر في قضية HILMARTON سنة 1988[108].

وملخص هذه القضية هو أن الشركة الفرنسية O.T.V كانت ترغب بالمشاركة بمناقصة دعت إليها السلطات الجزائرية لتطوير وتحديث مدينة الجزائر سنة 1980، فأبرمت لهذه الغاية عقدا مع شركة HILMARTON تعهدت فيه هذه الأخيرة بتقديم الإستشارات الإقتصادية والضرائبية وبالتنسيق في النطاق الإداري بين المشاركين في تنفيذ المشروع، وذلك لقاء مبلغ حدد بـ4% من قيمة الصفقة. بعد فوز شركة O.T.V بالصفقة سنة 1983 دفعت لشركة HILMARTON نصف الأتعاب المستحقة، وامتنعت عن دفع النصف الثاني عند استحقاقه، متذرعة بأخطاء ارتكبتها شركة HILMARTON، ما دفعها إلى التدخل مباشرة ودفع مبالغ

---

107 -أنظر السيد الحداد (حفيظة)، " الطعن ببطلان قرارات التحكيم.....".المرجع السابق ، ص 215و217.

108- -Sentence C.C.I rendue à Genève dans l'affaire n° 5622 en 1988, Rev. Arb. 1993, p 327 et S.
وأنظر حول تحليل هذا الحكم : HEUZE (V.), "La morale, l'arbitre et le juge"Rev.Arb.1993, p179 et S

للممثلين المحليين بغية إزالة العوائق التي اعترضتها. أثناء التنفيذ عمـــدت شـــركة HILMARTON إلى إعمال اتفاق التحكيم الوارد في العقـــد وطالبـــت بمســـتحقاتها، فدفعت شركة O.T.V ببطلان العقد لمخالفة القانون الجزائري الصادر سنة 1987 الذي يلحظ احتكار الدولة لقطاع التجارة الخارجية وحظر اللجوء الـــى الوســـطاء والسماسرة، رغم اتفاقهما في العقد على تطبيق القانون السويسري عليـــه. خـــلال المحاكمة تبين المحكم أن شركة HILMARTON مارست أساسا نشاطا قريبـــا مـــن نشاط الإستخبارات التجارية والتي تتسم بالطـــابع الســـري، وأن نشـــاطها تمثـــل بممارسة نفوذ لدى السلطات الجزائرية من أجل تفضيل العرض المقدم من الشركة الفرنسية على العروض الأخرى المنافسة، لقاء دفع مبالغ لهذه الســـلطات الأمـــر الذي دفع هيئة التحكيم إلى القضاء بأن العقد المبرم بين شـــركتيHILMARTON و O.T.V يخالف القانون الجزائري الصادر سنة 1978، الذي يحارب استغلال النفوذ، وهو هدف يتفق عليه القانون الجزائري مع غالبية القوانين الأوروبية، وبالتالي يعد مخالفا للنظام العام عبر الدولي[109].

وهكذا، فإن سلطة المحكمين قد توسعت في هذا الخصوص إذ انتقلت مـــن موقف سلبي يتمثل بإعلان عدم الإختصاص بالنظر في المسائل المتعلقة بالرشوة، إلى موقف ايجابي تجسد بإعتراف المحكمين لأنفسهم استنادا إلى مبدأ اســـتقلالية اتفاق التحكيم، بسلطة النظر في التصرفات المخالفة للنظام العام عبر الدولي فـــي ميدان التجارة الدولية[110].

ب-حماية حقوق الإنسان:

تتخذ بعض المبادئ الأساسية المقررة في مجال حقوق الإنسان طابع النظام العام عبر الدولي، ومن هذه المبادئ تلك الواردة في الإعـــلان العـــالمي لحقـــوق الإنسان والمعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1948/12/10وغيره من الإعلانات. وسيقتصر البحث على السوابق التحكيمية التي تعرضت للمســـائل المتعلقة بحقوق الإنسان، والتي تظهر أن هذه المسائل أثيرت بصدد التمييز علـــى أساس الإنتماء، وبصدد حقوق الملكية.

109- Extrait de la sentance dans Rev.Arb.1993 , p327.

110 -أنظر السيد الحداد (حفيظة)، "الطعن بالبطلان على قرارات التحكيم ..."، المرجع السابق، ص 220.

ب-1 -التحكيم ومسألة التمييز على أساس الإنتماء:

وسنتعرض فقط للسوابق التحكيمية التي تعرضت للمسائل المتعلقة بحقوق الإنسان، والتي تظهر أن هذه المسائل أثيرت بصدد التمييز على أساس الإنتماء، العرقي من جهة، أوالتمييز لأسباب سياسية أو دينية.

ويعني هذا التمييز منع التعامل الإقتصادي مع أشخاص معينين على أساس انتمائهم لعرق معين أو لدولة معينة أو بسبب اعتقادهم بدين معين. وهناك مسائل أخرى لا مجال لحصرها، لكن سنشير فقط للقضايا التي عرضت على المحكمين.

تعتمد بعض الدول بصورة فردية أو جماعية إلى إقرار إجراءات تستهدف حصار ومقاطعة دولة معينة إقتصاديا وسياسيا، في هذا الإطار تبرز مسألة الحصار والمقاطعة المفروضة من قبل الولايات المتحدة الأمريكية إتجاه بعض الدول، وكذلك مسألة المقاطعة العربية لإسرائيل، فماذا سيكون موقف المحكمين إزاء هذه المسألة ؟

يميز البعض بين المقاطعة لأسباب سياسية والمقاطعة لأسباب عرقية حيث يجب أن يتخذ المحكم موقفا محايدا بالنسبة للمقاطعة السياسية والإقتصادية المنطلقة من أسباب سياسية، ولا تتطلب من جهة المحكم إلا الإحترام الدقيق لمبدأ الحياد، ولا تستدعي أي نقد على ضوء النظام العام عبر الدولي.

وبالمقابل إذا كانت المقاطعة مبنية على أساس تمييز عرقي أو ديني يستوجب الإدانة بإسم النظام العام عبر الدولي. ويستند هذ الإتجاه إلى معاهدة نيويورك لسنة 1966 المتعلقة بإلغاء كافة أشكال التمييز العنصري، حيث عرفت في المادة 01 منه:

"Toute distinction , exclusion ,restriction ou préference fondé sur la race , la couleur, l'ascendance , la religion national"

ب-2 -حماية حق الملكية:

نعلم أن حماية حق الملكية تعد من الركائز الأساسية في الإعتراف للإنسان بحقوقه الأساسية[111].

111 – فعلى سبيل المثال تنص المادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق لإنسان على أن :"لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالإشتراك مع غيره ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا".

وفي نطاق التحكيم فإن في العديد من القضايا التي تكـون إحـدى الـدول طرفا فيها، أثيرت مسألة حق الملكية والحفاظ عليها أمـام المحكمـين، واختلفـت الحلول بهذا الشأن.

ففي قضية texaco[112] عمد المحكم بصدد النزاع الناشب إثر تأميم الحكومـة الليبية سنة 1974 للشركتين الأمريكيتين العاملتين في مجال الـنفط الليبـي إلـى المفاضلة بين حق الدولة في التأميم، وهو حق مقرر لهـا وفـق أحكـام القـانون الدولي، وبين ضرورة عدم المساس بالعقد المبرم بين الأطراف المتعاقدة، استنادا لأحكام القانون المدني الليبي، مانحا الأفضلية لهذا الأخيـر. وفـي قضـية British Petroleum[113]، عمد المحكم بصدد الخلاف بين الشـركة البريطانيـة B.P وبـين الحكومة الليبية إثر تأميمها للشركة، إلى اعتبار التأميم الذي قامت بـه الحكومـة الليبية يشكل اساءة في استعمال سلطة السيادة التي تتمتع بها الدولة، وأنه يترتـب على عاتق هذه الأخيرة التزام بالتعويض عن الضرر اللاحق بالشركة.

نلاحظ أن القرار الأول أكد على وجوب التنفيذ العيني بعكس الثاني الـذي أكد على وجوب دفع التعويض من قبل الحكومة الليبية للشركة البريطانية، هذا إلى جانب قرارات تحكيمية أخرى، كلها يتضح لنا من خلالها كيـف يمكـن اعتبـار حماية حق الملكية جزء من قواعد النظام العام عبر الدولي.

ج-الحفاظ على البيئة:

يولي المجتمع الدولي لموضوع البيئة اهتماما بالغا لما يلعبه من دور علـى الصعيد الإنساني والدولي والثقافي والطبيعي.

ونظرا لهذه الأهمية أبرمت عدة اتفاقيات دولية، فعلى صـعيد حمايـة الممتلكـات الثقافية، تبرز اتفاقية الأونسكو لسنة 1972 الخاصة بالحفاظ على التراث الثقـافي والطبيعي العالمي، واتفاقية روما لسنة 1995 المتعلقة بالممتلكات الثقافية المسروقة أو المصادرة بصورة غير مشروعة.

هذا، وقد أثيرت مسألة الحفاظ على البيئة الثقافية ومدى تعلقها بالنظام العام عبـر الدولي أمام التحكيم في مناسبة وحيدة تمثلت بقضية الأهرامات[114].

---

112 - Sentence rendue le 10/01/1977 J.D.I. 1977, p. 350 et S.

113 - Sentence rendue à COPENHAGUE le 10/10/1973.

114 - أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص114؛ JAQUET(J.M) " L' Etat opérateur du commerce international ",Clunet 1989, p676-677.

وتتمثل وقائع هذه القضية في أن الدولة المصرية أبرمت اتفاقا مع شـــركة أمريكية بهدف إنشاء مركزين سياحيين أحدهما قرب الأهرام. ثم عمدت الحكومـــة المصرية سنة 1978 إلى سحب موافقتها على إقامة المشروع بسـبب معارضـــة النواب والمجتمع المدني المصري، لما قد يسببه من تدمير للأهرامات. وفي ســـنة 1979 تم ادخال الأهرامات ضمن لائحة الأماكن الواجب حمايتها بمقتضى اتفاقية اليونيسكو في 1972 المتعلقة بحماية الملكية الثقافية والطبيعية، إثر ذلك باشـــرت الشركة الأمريكية بإجراءات التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية مطالبة بـــالتعويض على الضرر اللاحق بها، وقد صدر حكم المحكمين لصالح الشركة الأمريكيـــة،[115] فتقدمت الحكومة المصرية بمراجعة إبطال ضد هذا القرار أمام المحكمة الإستئنافية بباريس، وأَدْلَتْ أن المحكمين فصلوا في النزاع رغم عدم وجود شرط تحكيم، كما خالفوا النظام العام الدولي من الناحية الثقافية. وفي سنة 1984[116] قضت المحكمة الإستئنافية بباريس ببطلان القرار التحكيمي استنادا إلى عدم وجود شرط تحكيمـــي يلزم الدولة المصرية، وذلك إستنادا إلى الإستقلالية التـــي تتمتـــع بهـــا المؤسســـة المصرية للسياحة والفنادق.

وإثر الطعن المقدم من الشركة الأمريكية، عمدت هذه الأخيرة إلى اللجـــوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في واشنطن، إســـتنادا إلـــى ماورد في العقد الأصلي من إشارة إلى قانون الإستثمار المصري الذي يجيز حـــل النزاعات بوسائل من بينها مركز تسوية منازعـــات الإســـتثمار، مطالبـــة بـــالزام الحكومة المصرية بدفع تعويض نتيجة لفسخها الاتفاق الموقع معهـــا مـــن جانـــب واحد، فردت الحكومة المصرية، على طلبات الشركة الأمريكية إستنادا إلى دخول اتفاقية الأونيسكو الثقافية حيز التنفيذ في مصر 1975 يستتبع وجوب وضـــع حـــد للمشروع المزمع إنشاؤه، فردت الشركة الأمريكية بأنها صدقت على الاتفاقية قبل توقيع مشروع العقد، فقضى المحكمون في هذا الصدد أن " اتفاقيـــة الأونيســـكو لا تبرر لوحدها الإجراءات المتخذة من قبل الجهة المدعى عليها فإبطـــال المشـــروع ولإستبعاد حق الجهة المدعية بالتعويض، وأنه حسب أحكام الاتفاقية التي تعتـــرف بها الجهة المدعى عليها وإذا كان التصنيف

---

115 – -Sentence rendues à Paris le 16/02/1983, Rev.Arb., p 105; note LE BOULANGER (PH.), "Etat politique et arbitrage, l'affaire du plateau des pyramides, Rev. Arb. 1986, p 3 et s-J.D.I. 1985, p129; note GOLDMAN(B.) .

116 – --C.A.P 12/07/1984. Rev.Arb. 1986, p75.

في نهاية المطاف هو عمل السلطات في الأونيسكو، فإن إختيار المواقـع بهـدف حمايتها لا يفرض من الخارج إنما ينتج عن إرادة الدولة المعنية. وبالنتيجـة فـإن التاريخ الذي دخلت فيه الاتفاقية على هذه الأخيرة حماية وحفظ الأهرامات منذ عام 1979، ويعد إقتراح الجهة المدعى عليها حماية هذه الأهرامات وموافقـة لجنـة التراث العالمي على هذا الإقتراح، يقع على عاتق الجهة المدعى عليها الإلتزامات الدولية الخاصة بالحماية الناشئة عن هذه الاتفاقية.

وعليه، فإن المحكمين قد رفضوا حجة الحكومة المصرية السـابقة الـذكر، وإعتبروا أن العبرة هي تاريخ توقيع العقد وليس تاريخ دخول اتفاقية الأونيسـكوا حيز التنفيذ. فالعقد وقع سنة 1974، والاتفاقية دخلت حيز التنفيذ 1975، ليس لها أثر رجعي[117].

إن تعليل المحكمين هذا، يجرنا إلى القول أنه لو كانت اتفاقية الأونيسكو قد دخلت حيز التنفيذ في هذه القضية، لأخذت بها، وعاقبت التصرفات التي تنطـوي على المساس بالملكية الثقافية العالمية.

هـ-الأشياء الخارجة عن نطاق التعامل التجاري:

ثمة أشياء لا يمكن أن تكون بسبب طبيعتها، موضوع تعامل تجاري، أشياء خارجة عن نطاق التعامل التجاري بسبب طابع الخطورة فيهـا مثـل المخـدرات والأسلحة.

هـ-1 -المخدرات:

إن تشريعات مختلف الدول تحظر الإتجار بهذه المواد، وتجرم هذا الفعـل بعقوبات تتسم بالشدة وقد تصل إلى حد تقرير عقوبة الإعدام لتجارة هذه المـواد، ولا يقتصر هذا التحريم على التشريعات الداخلية، إذ ثمة توافقا دوليا حـول هـذا الموضوع، كما هو الحال في اتفاقية الأمم المتحـدة بشـأن مكافحـة المخـدرات وضرورة التعاون الدولي في هذا المجال وكذلك اتفاقيات الأمـم المتحـدة لسـنة 1988 بشأن مكافحة التجارة غير المشروعة. ولا يقتصر الأمرعلـى الاتفاقيـات الدولية ضد تجارة المخدرات فهناك العديد من قرارات الأمم المتحدة الخاصة بهذه المسألة. وعليه فإن مكافحة تجارة المخدرات تعتبر جزء من النظام العـام عبـر الدولي. وبالتالي اعتبار كل عملية تجارية تقع على هذه المواد باطلة.

---

117 -أنظر عبد المجيد(منير)، المرجع السابق، ص115.

نشير إلى أنه من غير الممكن أن نتصور لجوء أطراف علاقة تجارية في مواد مخدرة إلى التحكيم بصدد الخلافات التي تقع فيما بينهم، إلا أنه من غير المستبعد أن تثور هذه المسألة أمام المحكم بصدد خلاف مالي تعود أسسه إلى عملية غير مشروعة مرتبطة بأحد هذه المواد.[118]

هـ-2 -الإتجار في الأسلحة:

يشكل الإتجار في الأسلحة جزء لا بأس به من حجم التجارة الخارجية وبهذا لا يكون محظورا من حيث المبدأ.

وقد أسند الإجتهاد القضائي إلى مفهوم النظام العام عبر الدولي المشترك لتقرير بطلان موضوعه تجارة الأسلحة، حيث بقرارها الصادر سنة 1965 قضت المحكمة الإستئنافية بباريس بشأن تنفيذ عقد بيع أسلحة حربية بأن تجارة الأسلحة مخالفة للنظام العام عبر الدولي مستندة إلى اعمال مؤتمر بروكسل لسنة 1896 الخاص بهذا الموضوع، وإلى الاتفاقية المعقودة سنة 1906 بين بريطانيا و فرنسا وإلى القواعد الفرنسية التي تحرم تجارة الأسلحة لتنتهي بتقرير بطلان الإلتزام الواقع على أحد الأطراف. ويرى الفقه الفرنسي،[119] بخصوص تجارة الأسلحة أنه في حال ادخال الهدف والغاية من صفقات التسلح وكذلك استعمال الأسلحة في موضوع الصفقة في تقدير مشروعيتها، يكون بالإمكان إعتبار قرارات الأمم المتحدة بهذا الشأن جزء من النظام العام عبر الدولي الذي أخذت وضعيته وسموه بالنسبة للإرادات الفردية والقوانين الداخلية تتأكدان اليوم وبشكل أصبح خرقه يطرح مسألة صحة العقد.

وعليه فليس هناك حظر لتجارة الأسلحة على الصعيد الدولي بمقتضى النظام العام عبر الدولي، كل ما في الأمر هو أن مثل هذا الحظر لا يتناول إلا بعض الأنواع من الأسلحة التي تقرر حظر استعمالها لشدة خطورتها على الجنس البشري، كالأسلحة الذرية، الكيميائية والجرثومية، فالعمليات التجارية الواقعة على هذه الأسلحة تكون غير مشروعة بنظر النظام العام عبر الدولي.

وهناك من يضفي على عقود بيع الأسلحة لهدف استعمالها لأعمال إرهابية تكون غير مشروعة بسبب الطابع غير مشروع لسبب العقد.

-118 RACINE,(J.B.) Op.Cit. p 408.

-119 -MARTINEZ(J.C.), "Le droit international et le commerce des armes ", PEDON -Paris 1983, p116-117, Op. Cit., p407.

هـ-3 -العقود الواردة على جسم الإنسان:

يحكم هذه المسألة في إطار العلاقات القانونية الداخلية مبدأ يضعها خارج إطار التجارة القانونية بسبب الطابع المقدس الذي يلازم موضوع هذه العقود[120].

وقد ذهب البعض انطلاقا من الاتفاقيات الدولية والإقليمية إلى أن حماية الجسم الإنساني تشكل نوعا من النظام العام عبر الدولي يسمو على القوانين الداخلية[121].

وهناك رأي آخر ذهب للقول بأنه من الصعوبة استخلاص قاعدة نظام عام عبر دولي خاص ببطلان العقود الواردة على جسم الإنسان بسبب افتقاد النصوص الدولية التي تعرضت لهذه المسألة للقوة الالزامية [122] ولأنها بمعظمها على شكل توصيات لا تترافق مع جزاءات قانونية، ولأنه لا يوجد توافق دولي تام حول مبدأ عدم التعامل على جسم الإنسان. وفي الواقع هذا الرأي ينتمي إلى معارضي وجود قانون عبر دولي[123].

و-حماية النظام العام الاقتصادي عبر الدولي:

تثور مسألة حماية النظام العام الإقتصادي عبر الدولي بصدد مسألة حماية المنافسة في السوق التجارية الدولية، وكذلك بصدد تحريم القوانين الربوية. فبالنسبة لحماية المنافسة في السوق التجارية الدولية، حيث تنظم الدول مسألة المنافسة في السوق وحمايتها بموجب قوانين خاصة صادرة عنها غالبا ماتتخذ صفة القوانين ذات التطبيق الضروري أو قوانين البوليس.

لحل هذه الإشكالية فقد اقترح البعض فكرة النظام العام عبر الدولي الخاص بقواعد المنافسة، فاعتبر أن على عاتق المحكم مهمة تكوين قواعد خاصة بقانون المنافسة على الصعيد الدولي، وجعلها مقبولة من النظام القانوني الداخلي.

---

120 - محمود برادن(إياد)، المرجع السابق، ص 653.

121 - أنظر -BYK(CH.) " Le droit international de la biotique et jus gentum ou lex marcatoria" , J.D.I., 1997, p913 et S.

122 - -RACINE (J.B).Op.Cit. n°737.p.410.

123- s -RACINE (J.B)"La déclaration universelle sur la génôme humaine et les droits de l'homme", J.D.I. 1998, p675 et

يعود للمحكم سلطة معاقبة بعض التصرفات التي تنطـوي علـى مخالفـة لقانون المنافسة حتى وإن كان القانون الواجـب التطبيـق لا يعاقـب مثـل هـذه التصرفات حيث توجد ضرورة حماية حرية التبادل الحر في السوق العالمي[124].

فبالنسبة للفائدة، تختلف الأنظمة القانونية حول مسألة الفائدة من بلـد إلـى آخر، فمنها من تحظر الاتفاق بشأنها لأسباب دينية كما هـو الحـال فـي الـدول الإسلامية، وفي بلدان أخرى يعتبر التعامل بها مشروعا. وغالبا ما تثور مسـألة الحكم بالفائدة، فما هو موقف المحكم من هذه المسألة؟

يقول البعض أن معدل الفائدة المتفق عليه لا يأخذ به إذا كـان المعـدل ذا طبيعة ربوية وغير متوافق مع النظام العام عبر الدولي، أو كان مخالفا للنظام العام في القانون الواجب التطبيق على معدلات الفائدة[125].

غير أن النظام العام عبر الدولي لا يتضمن قواعد خاصة بمعدلات الفائـدة التي ينبغي على المتعاملين في التجارة الدولية الإلتزام بها، الأمر الذي يضع على عاتق المحكمين مهمة استخلاص هذه المعدلات عن طريق اجراء مقارنـة بـين معدلات الفائدة في مختلف الدول المعنية بالنزاع[126].

2-حماية المتعاملين في ميدان التجارة الدولية:

وذلك بتقرير قواعد أو مبادئ خاصة ذات طابع نظام عـالم عبـر دولـي تستهدف حماية بعض الفئات المتعاملين في ميدان التجـارة الدوليـة، كالقواعـد والمبادئ القاضية بإعتبار ضرورة حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقديـة الدولية جزء من النظام العام عبر الدولي، وكذلك الأمر بشأن مبدأي العقد شـريعة المتعاقدين وحسن النية.

ففيما يخص حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية بين الأشـخاص الخصوصيين، هو ما أخذت به المادة 10/3 من مبادئ القانون الموحد المتعلقـة بعقود التجارة الدولية الصادرة سنة 1994 التي تنص: " بطلان العقد أو أحد بنوده بسبب الغبن، يمكن أن يثار من قبل الطرف الذي يكون لحظة ابرام العقد أو البنـد منح بصورة غير عادلة منفعة مبالغا فيها للطرف الآخر".

124- MOITRY(J.H.), "Arbitrage international et droit de la concurence.Vers un ordre public de la lex marcatoria" Rev. Arb. 1989. P6 et S.

125- -DERAINS (Y.), " Intérets moratoires dommages intérét compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international", LITEC-Paris, 1991, n°7, p101.

126- - RACINE(J.B), Op Cit. , n° 399, p 387.

وعليه يصح اعتبار هذا المبدأ قاعدة من قواعد النظام العام عبر الــدولي، ويتعزز هذا الموقف بالفكرة التي سادت عند إعداد مبادئ هذا القانون، والتي تمثلت بضرورة تأمين أكبر قدر ممكن من التوازن والتساوي بين المتعاقــدين[127]. وهــو نفس الموقف المتخذ بشأن حماية الدول الناميــة فــي علاقاتهــا التعاقديــة مــع الأشخاص.

أ-مبدأ العقد شريعة المتعاقدين PACTA SUNT SERVANDA:

يتفق الفقه والقضاء التحكيمي على اعتبار هذا المبدأ من المبادئ العامة عبر الدولية، والمبادئ العامة للقانون[128].

وقد ذهب القضاء السويسري قبل وضع أحكام القــانون الــدولي الخــاص الجديد حيز التنفيذ إلى إعتبار ضمنا مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من مبادئ النظام العام عبر الدولي التي ستسمح بإبطال القرار التحكيمي المخالف لها، وهــذا قبــل وضع أحكام القانون الدولي الخاص الجديد.

ففي قرارها الصادر في ســنة 1990[129]، قضــت المحكمــة الفيديراليــة السويسرية باستبعاد تطبيق القانون الجزائري الذي يؤدي إلى إبطال العقد بســبب معارضة مبدأ حرية الأطراف بالتعاقد الذي يعد من المبادئ العامــة والأساســية للقانون[130].

ب-مبدأ حسن النية:

يشكل هذا المبدأ السند المفضل للمحكمين لتبرير حلولهم علــى العلاقــات التجارية الدولية[131]، فحسن النية هو محور تقدير تصرفات المتعاملين في ميــدان هذه العلاقات، وقد اعتبرت التطبيقات التحكيمية أن مبدأ حسن النية اعتبر بصورة صريحة من قواعد النظام العام عبر الدولي في نطاق العلاقات الدولية التي تكــون احدى الدول طرفا فيها، وبدرجة أقل وضوحا بصــدد العلاقــات المبرمــة بــين

127- KESSADJIAN(CH.) "Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international :les principes proposé par l'unidroit .R.C.1995.p641.

128 - GOLDMAN(B.), "le droit applicable selon la convention de la BIRD du 1965.", Paris 1969, p 133et S.

129- Trib. Féd Suisse 17/04/1990, Rev. Arb. 1993, p 318, note. HEUZ (V.).

130 -هناك من يعارض فكرة انتساب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إلى النظام العام عبر الدولي لسببين: الأول أن هــذه القاعــدة بخلقها لقاعدة القوة الملزمة للعقد ليست إلا تكريسا للحرية التعاقدية ولا يمكن أن تكون قيد على هذه الحرية. أما الســبب الثــاني، فيتمثل في اشكالية يمكن أن تثور فيما لو تقابل تطبيق مبدأ حسن النية المعتبر من قواعد النظام العام ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث يشكل الأول قيدا على الثاني.

131 -أنظر السمدان (أحمد)، المقال السابق، ص 202.

أشخاص خصوصيين، فكما أشرنا سابقا أن الإجتهاد التحكيمي عمد إلـى اسـتبعاد الحجج المرتكزة على عدم إمكانية الدولة وسائر الأشخاص العموميين اللجوء إلـى التحكيم استنادا إلى قواعد حسن النية ومبادئ النظام العام عبر الدولي.

وكذلك كما سبق وأن أشرنا في قضية GANZ، حيث قضت محكمة استئناف باريس أن للمحكم الدولي سلطة معاقبة التصرفات المخالفة لمبدأ حسن النية الـذي يجب أن يسود بين أطراف التجارة الدولية ففي هذا القـرار الخـداع والغصـب يخالفان مبدأ حسن النية الذي يعتبر متعلقا بالنظام العام الدولي الذي يقتضي معاقبة خرقه من قبل المحكم.

***مبدأ حسن النية في العلاقات بين الأشخاص الخصوصيين :**

غالبا ما يشير المحكمون إلى الزامية تنفيذ الاتفاقات بحسن نية مثل القـرار الصادر في القضة رقم 3131 لسنة 1979، أبرز المحكمون مبدأ حسن النية فـي إطار تكوين العقد وتنفيذه كقاعدة عامة من قواعد القانون التجاري الدولي.

المبحث الثاني

مظاهر تدخل قواعد النظام العام في نطاق تقدير صحة اتفاق التحكيم

لا يكفي لصحة اتفاق التحكيم أن يكون هذا الأخير ثمرة رضا غير مشوب بالعيوب، ذلك أنه يجب بالإضافة إلى توفر الشروط القانونية الأخرى التي يقتضيها كل عقد، أن يكون اتفاق التحكيم مبرم من قبل أشخاص يستطيعون إخضاع نزاعهم للتحكيم[1].

هذا وإن النظام العام، في معظم الأحيان يتدخل غالبا في نطاق الأهلية (ومن المقرر أن الأهلية وسلطة الإلتجاء إلى التحكيم تخرج عن نطاق القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم)[2] عن طريق تحديده لنوع الجزاء في حالة مخالفة الأحكام المتعلقة بها، وبحيث يمكن من هذا التحديد استخراج طبيعة العلاقة بين النظام العام وبين الأهلية وباللجوء إلى التحكيم. إذ يبدو أن للنظام العام دور محدد على صعيد الأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنويين الخصوصيين، خلاف لما هي عليه الحال بصدد الأشخاص المعنويين العموميين التي يضع المشرع غالبا بشأنها قواعد ذات طابع عام لا يجوز مخالفتها.

أما بالنسبة للشكل فهناك إختلاف حول طبيعة الكتابة المطلوبة والقانون الواجب التطبيق عليها لتقدير صحة اتفاق التحكيم .

المطلب الأول

القابلية الشخصية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

الفرع الأول

أهلية الأشخاص الخصوصيين باللجوء إلى التحكيم والقانون الواجب التطبيق

أولا: أهلية الأشخاص الطبيعيين.

المبدأ هو أنه يلزم لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر بمن يود إبرامه، الأهلية اللازمة لذلك. وهناك اختلاف في تحديد نوع هذه الأهلية، عما إذا كانت هذه

---

1 حيث أن القانون الذي يختاره الأطراف صراحة في شرط التحكيم هو الذي يجب الرجوع إليه في تقدير المسائل المتعلقة بالتراضي وصحته، فهو يحدد ما إذا كانت إرادة الأطراف قد صدرت سليمة وخالية من العيوب، كما أنه يحدد كيفية تلاقي الإرادتين ومكان هذا التلاقي.

2 – – أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص101.

الأهلية هي أهلية التقاضي، إنطلاقا من الطابع القضائي لوظيفة المحكـم[3]–[4] ، أم أنها أهلية التعاقد استنادا إلى الطابع التعاقدي لاتفاق التحكيم الذي هـو عقـد فـي الأساس. كما نتساءل عما إذا كان يلزم دائما توافر أهلية التصرف بالحقوق أم أنه يكفي في بعض الأحيان توافر أهلية الإدارة، انطلاقا من تقسيم الأعمال القاونية إلى أعمال تصرف وأعمال إدارة[5].

لئن بدا أن الأهلية المطلوبة لإبرام اتفـاق التحكـيم هـي تلـك المطلوبـة للممارسة حق التقاضي انطلاقا من الطابع الإجرائي لاتفاق التحكيم[6]، فإن هنـاك من انتقد هذا الرأي على أساس أنه إذا كان اتفاق التحكيم لا ينشئ في الحال سوى وضعية نزاعية محتملة دون تعديل في حقوق الأطراف، إلا أنه يفترض أن لـديهم إرادة الخضوع للقرار الذي يصدر عن المحكم، والذي قد يؤدي إلى نقل حقـوق أحد الطرفين إلى الآخر[7].

وفيما يتعلق بربط أهلية اللجوء إلى التحكيم بأهلية التعاقد، فإن العديد مـن الفقهاء العرب قد قالوا بوجوب توافر أهلية التعاقد العامة وأهلية التصرف بالحقوق موضوع اتفاق التحكيم[8]. والعلة التي من أجلها أستلزمت أهليـة التصـرف هـي إحتمال خسارة الخصم حقه إذا حكم المحكمون ضد أحد الخصوم[9].

وإذا كان البعض قد أشاروا إلى هذين النوعين من الأهلية، فـإن الـبعض الآخر اكتفى بتوافر أهلية التعاقد، معتبرا أن الوضع لا يختلف عن اتفاق التحكـيم عنه في بقية العقود[10].

---

3 -إدوار(عيد)، "موسوعة أصول المحاكمات المدنية"، الجزء 10، التحكيم ، منشأة المعارف، 1989 ص 77.

4 -أنظر أبو زيد رضوان، المقال السابق، ص 36.

5 -محمود بردان (اياد) ، المرجع السابق، ص22.

6 -أبو الوفا (أحمد)، "التحكيم الإختياري"، مجلة الحقوق ، السنة العاشرة، 1991 العدد الأول، ص 4.

7 - محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 22.

8 - ادوار (عيد)، "موسوعة أصول المحاكمات المدنية "، ج 10، التحكيم، ص 77؛ عكاشة عبد العال ومصطفى الجمال، المرجع السابق، ص410؛ عبد القادر (ناريمان)، المرجع السابق، ص 232؛ ثابت الجيلي (نجيب)،"التحكيم في القانون الـيمني" أطروحـة دكتوراه، جامعة الإسكندرية مصر 1996، ص 192. أبو الوفا(أحمد)، المقال السابق، ص 44.

9 -عبد الرحمان الملحم (أحمد)، "عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم"، مجلة الحقوق ، سـنة 18، 1994، العـدد الثاني، ص 208.

10 - REDFERN(A.), HUNTER(M.), Op.Cit. p 121.

ويرى ANCEL أن أهلية اللجوء إلى التحكيم تتصل بعلاقة وثيقة بأهلية التعاقد، بإعتبار الوجه التعاقدي للتحكيم يتغلب في هذا الصدد على وجهه القضائي[11].

والقاعدة العامة في فقه التحكيم التقليدي أن من يملك حرية التصرف في حقوقه يملك الحق في الإلتجاء إلى التحكيم[12]، فلا يملك الحق في الإلتجاء إلى التحكيم إلا الشخص كامل الأهلية الذي يملك حرية التصرف في الحق محل النزاع[13].

وقد اتفق المشرع الجزائري في تقنين الإجراءات المدنية مع هذا الرأي، حيث نص في المادة 442 :" يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها....."، وكذلك المشرع المصري في المادة 11 من قانون التحكيم الجديد، حيث يشترط النص توافر أهلية الشخص في التصرف في حقوقه، فلا يكفي أن تكون للشخص أهلية التعاقد فحسب، بل يجب أن يكون الشخص أهلا للتصرف في الحق المتنازع عليه لإبرام اتفاق التحكيم. وعلى ذلك لا تكفي توافر الأهلية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة، وكذلك لاتكفي أهلية الإلتجاء إلى القضاء[14]، ولابد من تمتع الشخص بالأهلية الكاملة، أي إمكانية إجراء الأعمال القانونية على المال الذي يتناوله التحكيم، ذلك حيث أن الاتفاق على التحكيم يرتب التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة، الأمر الذي قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر[15].

وترتيبا على ذلك لا يجوز للقاصر أو المحجور عليه اللجوء إلى التحكيم، وكذلك لا يجوز إبرام اتفاق التحكيم للشخص غير كامل الأهلية بسبب صغر السن أو لعارض أصاب أهليته بعد بلوغه سن الرشد[16].

---

11 - ANCEL(P.), "Arbitrage", J.CL P.C. , Fasc.1022 n° 1022, p5, n° 15.

12- أنظر المنشاوي (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 29.

13 - شهاب(عاطف)، المرجع السابق، ص 94.

14 -أنظر -DAVID (R.) Op.Cit.p239.

15 - شهاب (عاطف)، المرجع السابق، ص 95.

16 -أنظر أبو الوفا(أحمد) ،" التحكيم الإختياري ..."،المقال السابق، ص4 و عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 123.

وبالنسبة للمفلس و إن كان غير ناقص الأهلية، إلا أنه ممنوع من التصرف في حقوقه، وعليه لايجوز له الاتفاق على التحكيم. وإذا أبرم مثل هذا الاتفاق فـلا يكون باطلا وإنما لا يحتج به على جماعة الدائنين[17].

وكذلك بالنسبة للشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية، حيث يكون ممنوعـا من التصرف ومن ثم اللجوء إلى التحكيم لا لنقص أهليته أو لإنعدام التمييز لديـه، بل لأنه محجور عليه طوال مدة تنفيذ العقوبة، وكل عمل يقوم به المحكـوم عليـه يعتبر باطلا بطلانا مطلقا مع الإحتفاظ بحقوق الغير من ذوي النية الحسنة.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على أهلية وسلطة الأشخاص الطبيعية.

1-المبدأ : تطبيق القانون الشخصي.

إن أهلية التعاقد وإن كانت شرطا لصحة العقد إلا أنها في الحقيقـة صـفة لصيقة بالشخص تتحدد على أساس حالته، وتعد جزءا من نظام الأهليـة عمومـا، وليست من مسائل التصرف الإرادي ذاته، ومن هذا المنطلق اختصت الأهلية فـي مختلف الدول بقاعدة إسـناد مؤداهـا خضـوع الأهليـة للقـانون الشخصـي loi personnelle[18].

وتختلف الأنظمة القانونية فيما بينهاحول المقصـود بالقـانون الشخصـي، فالبعض يأخذ بقانون الجنسية على أنه القانون الشخصي وهو بالتالي الذي يحكـم مسألة الأهلية، ومن هذه الدول معظم التشريعات العربية: الجزائر، مصر و لبنان و الكويت[19] وكذلك الأمر بالنسبة لفرنسا، وبعض دول أمريكا اللاتينية واليابـان. وفريقا آخر من الدول يأخذ بقانون الموطن بإعتباره القانون الشخصي، كمـا هـو الحال في الدول الأنجلو أمريكية وغالبية الدول الإسكندنافية.

والسؤال المطروح هل تطبق هذه القاعدة على أهلية الاتفاق على التحكيم؟ وبعبارة أخرى هل تخضع أهلية الاتفاق للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة؟

لم تتعرض الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الذين يودون اللجوء إلى التحكيم[20]، جل ما في الأمـر أن اتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم وضعت قاعدة وحيـدة

17 - شهاب(عاطف)، المرجع السابق، ص 95؛ وانظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 103.

18 - حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 297؛ و السمدان (أحمد)، المرجع السابق، ص 207؛ عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 102.

19 -أنظر سامية(راشد)، المرجع السابق، ص 332-334.

20 -أنظر السمدا (أحمد)، المقال السابق، ص208.

بمقتضاها يمكن رفض الإعتراف بقرار التحكيم إذا أثبت الطرف المنفذ عليـــه أن أطراف اتفاق التحكيم كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم في إحدى صور عـــدم الأهلية[21]. فالقاضي الذي يطرح عليه الأمر للنظر في طلب الإعتراف والتنفيذ لهذا الحكم يسن ماهو القانون الشخصي وفقا للإتجاه الذي يتبناه مشرعه[22].

ونلاحظ أن هذه القاعدة هي قاعدة إسناد وليست قاعدة موضوعية –مادية– مقررة لحل نهائي، كذلك لم تبين هذه الاتفاقيات المقصود بالقانون الشخصي، ومـــا إذا كان هو قانون الجنسية أم قانون الموطن[23]. كذلك تثور مسألة تطبيق هذا الحل، في حالة ما إذا كنا أمام قاضي عادي أو محكم.

فإذا كان القاضي ملزم بتطبيق قواعد الإسناد التـــي تشـــير إليهـــا أحكـــام قانونه[24]، فإن المحكم يكون في وضع مغاير، كونه لا يوجد له قانون خاص بـــه lex fori يلتزم بتطبيق أحكامه، فهل يظل متأرجحا بين الأخذ بقانون الجنسية أو قـــانون الموطن؟

وفي ضوء ذلك، وجدت محاولات من قبل الفقه لوضع قاعدة إسناد موحـــدة تطبق على جميع الحالات وتفرض على محكمة التحكيم والقاضي الوطني على حد سواء[25]، فقد ذهب SAUSER.H[26] إلى القول بخضوع الأهلية للقانون الـــذي تحـــدده قاعدة الإسناد في الدولة مقر محكمة التحكيم. وهو الحل الذي تبناه مجمع القـــانون الدولي في التوصيات التي أصدرها في دورة انعقاده بأمستردام لسنة 1959، حيث نصت المادة 4 على أن : "تسري على أهلية التحكيم القانون الذي تعينـــه قواعـــد الإسناد النافذة في الدولة التي يوجد بها مقر محكمة التحكيم".

ولكن هذا الحل تعرض للنقد من نواح عدة، فمن ناحية أولى، إذا كان هـــذ الحل يتميز بأنه يفرض قاعدة إسناد موحدة في كل الأحـــوال، وهـــي أن قاعـــدة

---

21 –أنظر السمدان (أحمد)، المقال السابق، ص208؛ السيد الحداد (حفيظة)، "الطعن بالبطلان على قرارات التحكيم..."، المرجـــع السابق، ص166.

–المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك ويقرب من ذلك ماورد في المادة 2/6 من اتفاقية جنيف لسنة 1961: "lorsqu'il auront à se prononcer sur la validité d'une convention d'arbitrage les tribunaux des Etats contractants statuent en ce qui concerne la capacité des parties selon la loi qui leur est applicable"

22 –أنظر السمدان (أحمد)، المقال السابق، ص 208.

23 –حسين محمد أبو زيد(سراج)، المرجع السابق، ص 298.

24 –أنظر عليوش قربوع(كمال)، المرجع السابق، ص 70.

25 –أنظر السمدان (أحمد)، المرجع السابق، ص 186–187.

26 – -SAUSER -Hall (G.), " L'arbitrage en droit international privé ", A.I.D.I., 1952, T.1, p .547.

القانون الدولي الخاص في الدولة مقر التحكيم هوالمختص وحده لتحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية التحكيم، إلا أن هذا الحل يعيبه الجمود.

وإذا كان بعض المحكمين يأخذون به فإن البعض الآخر يتردد في الأخذ به، وذلك عندما يكون مقر التحكيم عارضا، ويفضلون إما الأخذ بقاعدة الإسناد التي يرون أنها الأفضل من غيرها، أو المعترف بها على نطاق واسع، والأخذ بعين الإعتبار قواعد الإسناد في الدولة التي سيطلب فيها –على الأرجح– القوة التنفيذية لقرار التحكيم[27]. ومن ناحية ثانية فليس هناك معايير تفضيل قاعدة إسناد دولة مقر التحكيم على قاعدة إسناد دولة القاضي الذي يطلب منه تنفيذ الحكم.[28]

ومن ناحية ثالثة فإن إجراءات التحكيم يمكن أن تباشر في أكثر من دولة وبالتالي يثور التساءل عن كيفية المفاضلة بين قوانين هذه الدول. وبالإضافة إلى ذلك فإن دولة المقر قد تنعدم الصلة بينها وبين النزاع، الأمر الذي يبرر عدم اللجوء إلى قاعدة الإسناد المختصة لديها[29].

وهناك إنتقاد آخر بأن تطبيق القواعد التي يشير إليها قانون مقر التحكيم يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، ذلك أنه باستطاعة الأطراف أن يختاروا المكان الذي يجري فيه التحكيم ويكون القانون السائد في هذا المكان معترفا بالأهلية الكاملة للأشخاص المتعاقدين، هذا يعني جعل تمام أهلية الأطراف مرتبطا بمحض إرادتهم. كما أن تطبيق قواعد الإسناد في الدولة التي يقدر المحكمون أن قرار التحكيم سينفذ فيها قد تعترضه عقبات، فإذا كان القرار التحكيمي سينفذ في عدة بلدان تختلف فيما بينها بشأن القانون الواجب التطبيق على الأهلية، فسيكون تقدير هذه الأخيرة متغيرا من بلد لآخر.[30]

وذهب رأي آخر [31]، إلى القول بأنه من أجل تفادي إختلاف الحلول المترتبة على تطبيق القانون الشخصي، فإن الحل الأفضل في أهلية التحكيم يتمثل في القانون الواجب التطبيق على العقد ذاته، ولكن هذا الحل لا يمكن الأخذ به لأن

---

27 – -.FOUCHARD (PH.), Op.Cit, p88, n° 154.

28– - LALIVE (P.), " Problème relatifs à l'arbitrage international", Rev. Arb.1980, n° .02, p. 601, n°6-

29 –حسين محمد أبو زيد(-سراج)، المرجع السابق، ص 300.

30–أنظر - GAILLARD (E.), Op. Cit ., n°7, p 4.

31 –أنظر -GOLDMAN(B), Op. Cit. , p 87, n° 154.

مسألة الأهلية ليست من المسائل التعاقدية بل هي لصيقة بالشخص وتُحَدَدُ بمراعاة حالته[32].

وعليه فإن مسألة تحديد المعيار الذي يتعين في ضوئه القانون الواجب التطبيق على الأهلية لا زالت غير محسومة بصورة نهائية من قبل القضاء التحكيمي، وقد يعود السبب في ذلك إلى ندرة القضايا والمنازعات التي تطرح فيها مسألة أهلية الأشخاص الطبيعيين للتحكيم.

على أن الفقه الراجح يذهب إلى التسليم بالقاعدة التي أخذت بها الاتفاقيات الدولية، وهي خضوع أهلية التحكيم للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة، سواء أكان قانون الموطن أو قانون الجنسية.

2- الإستثناء: استبعاد القانون الشخصي.

انطلاقا من وجوب حماية الطرف حسن النية، يذهب جانب من الفقه[33]، إلى ضرورة الأخذ في مجال أهلية التحكيم بقضاء ليزاردي LIZARDI لسنة 1861 الشهير[34] والذي أصبح قاعدة مادية مقررة في مجال القانون الدولي الخاص، وتقضي بعدم جواز التذرع بنقص الأهلية وفقا لقانون الدولة التي تم فيها التصرف[35].

وبالتالي يستطيع المحكمون عدم الإعتداد بنقص أهلية أحد الأطراف المقررة في القانون الشخصي الواجب التطبيق عليه إذا ما تبين لهم حسن نية الطرف الآخر، وأنه كان معذورا في جهله بنقص أهلية الطرف المتعاقد معه. وتبرير ذلك أنه من غير المقبول مفاجأة الطرف المتعاقد مع ناقص الأهلية خلال مراحل التحكيم أو بعد صدور قرار التحكيم بالإدعاء أن اتفاق التحكيم كان باطلا منذ البداية، بسبب انعدام أو نقص أهلية الطرف الآخر الذي أَبرم معه الاتفاق، انطلاقا من إعتبار أن هناك قرينة بمقتضاها أن الأصل في المتعاملين دوليا أنهم يملكون أهلية كاملة في إبرام كافة التصرفات الداخلة في نطاق معاملاتهم، والاتفاق على التحكيم صار من الأمور المألوفة على ساحة التجارة الدولية.

---

32 -حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 301.

33-أنظر -.FOUCHARD(PH.), Op. Cit. , p89, n° 165.

34 -أنظر بلقاسم (أعراب)، المرجع السابق، ص200.

35 -أنظر عبد الرحمان الملحم (أحمد)، " عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم..."، المقال السابق، ص 208.

ومهما يكن فإنه يمكن القول بأن تطبيق هذا الإستبعاد نادر الحدوث في ميدان التحكيم التجاري الدولي، وذلك يعود لكون التجارة الدولية تقوم بها عادة مؤسسات كبيرة، وإذا تمت بين أفراد فإنهم يكونوا من التجار المحترفين الذين لايَخْفَى عليهم سبب نقص الأهلية[36].

وهو ما أدى ببعض الفقهاء مثل LOUSOUARAN إلى القول بأن الأخذ بقضاء ليزاردي في مسائل التحكيم التجاري الدولي أمر غير مرغوب فيه، نظرا لقدرة كل طرف في فحص أهلية الطرف الآخر في قانونه الشخصي، سواء أكان هو قانون الجنسية أم قانون الموطن.[37]

وأخيرا يجب الأخذ بقاعدة إسناد موحدة في جميع الأحوال سواء أمام القاضي الوطني أو المحكم، والأخذ بقانون الجنسية، بإعتباره القانون الشخصي يكون الأنسب بالنسبة لأهلية الاتفاق على التحكيم، بإعتبار قانون الجنسية هو الأكثر ثباتا والأقل عرضة للتغير من غيره، وهو ضابط من السهل التوصل إليه.

الفرع الثاني

أهلية الأشخاص الإعتبارية الخاصة والقانون الواجب التطبيق

أولا: أهلية الأشخاص الإعتبارية الخاصة.

نقصد بالشخص المعنوي الخاص الشركات والمؤسسات التي تتمتع بالشخصية المعنوية، وتكون لها عبر ممثليها سلطة إبرام العقود التي تستهدف تسيير شؤونها والتصرف بأموالها وحق التقاضي واللجوء إلى التحكيم بصدد النزاعات التي تنشب بينها وبين أشخاص آخرين. والشركات العائدة ملكيتها لأشخاص طبيعيين قد تكون شركات مدنية وقد تكون شركات تجارية وكلا منها لها ممثل[38].

ففي النوع الأول:تكون الإدارة منوطة بالشركاء أو بمدير أو بعدة مدراء يعينون من بين الشركاء أو من غير أعضاء الشركة.

36- شهاب(عاطف)، المرجع السابق، ص 64.

37- ROBERT (J.), Op.Cit. , p356-257 et S.

*حيث يرى أنه من المشكوك فيه الإعتراف بجهل أهلية المتعاقد الأجنبي، وذلك نظرا لأهتمام كل طرف بالتأكد من أهلية الطرف الآخر منذ لحظة ابرام العقد.

38 -أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 102

أما بالنسبة للشركات التجارية[39] فالأمر يختلف، حيث يجمع الفقه على أن مدير الشركة التجارية طالما يملك سلطة إدارة الشركة ويملك التصرف في الأموال المملوكة للشركة التي يمثلها، فبالتالي يملك مدير الشركة التجارية دون وكالة خاصة سلطة إبرام اتفاق التحكيم، وذلك حيث أن مجلس إدارة الشركة قد منح المدير بصفة عامة سلطة إدارة الشركة لذا يجوز له إبرام مثل هذه الاتفاقات نيابة عن الشركة[40].

وقد أكدت على ذلك قرارات التحكيم، فقد قضت محكمة التحكيم تحت مظلة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، بأن مدراء الشركات هم الذين يعبرون عن إرادة الشخص المعنوي، وهم وفقا لذلك لا يعتبرون وكلاء عاديين، بحيث إذا خلا عقد الشركة من تحديد سلطات المدير أو وضع أية قيود على سلطاته، كان من حقه أن يقوم بجميع أعمال الإدارة وبأعمال التصرف التي يستوجبها وجود الشركة وتحقيق أغراضه، بما في ذلك اتفاق التحكيم الذي صار من مستلزمات إدارة الشركات التجارية.

وإذا تجاوز ممثل الشركة لسلطاته فإن بطلان شرط التحكيم بسبب هذا التجاوز يكون باطلا بطلانا نسبيا مقررا لمصلحة من يمثل الشركة والذي يكون له وحده التمسك به دون الطرف الآخر في التحكيم. ويزول هذا البطلان بإجازته من الأصيل صراحة أو ضمنا[41].

أما بالنسبة لمدير الشركة التي لازالت تحت التأسيس يجوز له ابرام اتفاق التحكيم، ولكنه يلتزم به شخصيا لأن الشركة لم تكتسب الشخصية المعنوية بعد[42].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على أهلية وسلطة الأشخاص المعنويين الخصوصيين.

نبحث في القانون الواجب التطبيق على أهلية هذه الأشخاص كشخص معنوي (أولا)، ثم في القانون الواجب التطبيق على سلطة ممثليها(ثانيا).

1-القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي.

---

39 -أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، 122.

40 - شهاب(عاطف)، المرجع السابق، ص 97.

41 -حكم تحكيم رقم 135 لسنة 1999و 163 سنة 1999، جلسة 2000/03/101، منشور بمجلة التحكيم العربية، عدد3، اكتوبر 2000، ص 207.

42 -شهاب(عاطف)، المرجع السابق، ص 99.

تختلف الأنظمة القانونية وتتباين فيما بينها، على غرار الإختلافات بشـــأن أهلية الأشخاص الطبيعيين، حول القانون الواجب التطبيق على أهلية الأشـــخاص المعنوية الخاصة.

ففي بعض الدول تخضع أهلية هذه الأشخاص لأحكام قانون الدولة التي يكون فيها مركز الشركة الرئيسي، كما هو الحال في القانون الفرنسي والقوانين التي تســير في فلكه. حيث تنص المادة 1/1837 :"على أن كل شركة يكون مركزها الرئيسي في الإقليم الفرنسي تخضع لأحكام القانون الفرنسي".

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 10 : "...أما الأشخاص الإعتباريــة الأجنبية من شركات، جمعيات، ومؤسسات، وغيرها التي تمــارس نشــاطها فــي الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري".

ويتبنى المشرع المصري بدوره نفس الحل مع بعض الإختلافات وذلك في المادة 2/11 من القانون المدني المصري والتي تنص : " أمــا النظــام القــانوني للأشخاص الإعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشــخاص مركــز إدارتهــا الرئيســي الفعلي....، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فإن القانون المصري هو الذي يسري".

وبالمقابل، فإنه في بعض الدول الأخرى تخضع الشركات لقــانون الدولــة التي أنشئت فيها، أي لقانون الدولة التي تمت فيها إجراءات التسجيل والنشر، كمــا هو الحال في كل من انجلترا وهولندا.

وهنا أيضا يطرح التساءل حول موقف المحكمين، إزاء هذا الإختلاف فــي قواعد الإسناد المختلفة بإختلاف الأنظمة القانونية، حيث يواجهــون ذات المشــكلة التي سبق أن تعرضنا لها بخصوص القانون الواجب التطبيــق علــى الأشــخاص الطبيعيين، ذلك أن إعتماد قانون دولة مقر التحكيم كقانون واجب التطبيــق علــى أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة كما ذهبت إلى ذلك توصية معهد القانون الدولي سنة 1959[43]. وقد سبق وأن تعرضنا للإنتقادات التي تعرض لها هذا الحل.

2-القانون الواجب التطبيق على سلطة ممثلي الأشخاص المعنوية الخاصة.

43 -موجود في كتاب، محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 68.

تخضع سلطات ممثل الشخص المعنوي الخاص للقانون[44] الذي يخضع لـــه هذا الشخص بكافة أجهزته، وذلك طبقا لأحكام قواعد التنازع التي تحكم ســلطات هؤلاء الأشخاص كما سبق وأن ذكرنا. فما هو هذا القانون؟

مال الفقه والإجتهاد الفرنسيان في أول الأمر إلى أن القانون الــذي يحكــم سلطات ممثلي الأشخاص المعنوية الخاصة هو قانون الجنسية، فالقانون الذي يحكم الشركة من حيث تأسيسها وانشائها وسير عملها وحلها وتصفيتها ...هــو قـــانون جنسيتها، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بغرفتها التجارية في عدة قرارات[45].

وبالمقابل فإن ذات المحكمة بغرفتها المدنية عمدت حديثا إلى إعتماد قانون الشركة فقط، متخلية بذلك عن مفهوم قانون الجنســية كقــانون يحكــم الشــركة، بقضائها بأن تقدير سلطات مدراء الشركات يتعلق بالقــانون الــذي تــرتبط بـــه الشركة[46].

"L'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relevant la loi dont dépendant la société"

هذا التراجع في الأخذ بجنسية الشركة كضابط لتحديد القانون الواجــب التطبيــق بشكل صريح، صاحبه تعيين القانون الواجب التطبيق استنادا إلى مقــر الشــركة الرئيسي، فالحل واحد وإنما الآلية مختلفة. وقد ذهب الإجتهاد القضائي والتحكيمي إلى التخفيف من حدة نتائج التطبيق المطلق لقواعد التنازع، بالسماح لغير المتعامل مع الشركة بالإدلاء بوجه الشركة بقانون مقرها النظامي فيما لــو كـــان مقرهـــا الرئيسي في مكان آخر، استنادا إلى مبدأ حسن النية، والظاهر وعادات التجـــارة الدولية كآليات قانونية تخفف من حدة منهجية التنازع في هذا النطاق[47].

فبقرارها الصادر سنة 1980 [48] عمدت المحكمـــة الإســـتئنافية فـــي أول الأمر، وإن لم تتم الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على سلطة مدير الشــركة،

---

44 -عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، 123.

45- -Cass. Com. 21/12/1987 Rev.Arb 1988, p 398 et S.

-Cass Com 09/04/1991 Rev .Arb. 1991, p746, note LIBCHABER(R.).

46 - -Caas.Civ 8/12/1998. R.C 1999, P 285 et S; . note MICHEL (M.)

47- -GAILLARD(E.), Op .Cit p5, n° 10.

* انظر الصفحة 156 ومايليها من المذكرة حول تدخل هذه المبادئ في اطار الحكم بصحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

48- --C.A.P. 4/01/1980, Rev. Arb 1981; note LAVEL (P.)

إلى اعتبار أن توقيع اتفاق التحكيم في المواد التجارية عمل إداري عادي، ولتنتهي فيما بعد إلى تقرير صحة الاتفاق الموقع من قبل مدير الشركة استنادا إلى أحكام الوكالة الظاهرة. فالمحكمة قدرت أن في التحكيم الدولي يستطيع المتعاقد مع الشركة أن يعتقد بصورة مشروعة أن الشخص الذي قاد المفاوضات معه أنه يملك السلطة باللجوء الى التحكيم.

و تذهب القرارات التحكيمية أيضا في هذا الإتجاه وإن اعتمدت على آليات أخرى، فبقرار صادر في 1984[49] قضى المحكمون بأن الشركة ملزمة بتوقيع مديرها العام التجاري، وخصوصا بسبب سلطاته الظاهرة ومستندين في ذلك إلى مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود أثناء تنفيذ العقد وإلى عادات التجارة الدولية، التي يجب على المحكم أخذها بالإعتبار، وفقا لأحكام المادة 13 من نظام غرفة التجارة الدولية.

وتقر المحاكم قرارات المحكمين التي تذهب في هذا الإتجاه، فبقرارها الصادر سنة 1986[50]، عمدت المحكمة الإستئنافية بباريس إلى رد مراجعة الطعن بالبطلان المقدمة ضد القرار التحكيمي المنتهي إلى تقرير سلطة مدير الشركة باللجوء إلى التحكيم استنادا إلى نظرية الظاهر وعادات التجارة الدولية.

وهكذا فإن نظرية الظاهر ومبدأ حسن النية وعادات التجارة الدولية قد شكلت الأساس المتين للخروج المبرر والمشروع على قواعد التنازع ولتقرير قواعد مادية خاصة، يقتضي تطبيقها في مثل الحالات المعروضة آنفا، ولا يشكل ذلك ابتكارا جديدا، بقدر ما يشكل قياسا واستعارة للحلول المعروضة في مادة الأهلية استنادا إلى الظاهر والجهل المعذور بالقانون الأجنبي، وهذا كله مترافق مع ضرورة الأخذ بالإعتبار كل الظروف المحيطة بالمسألة، وخصوصا المتعلقة بمكان إجراء اتفاقية ومهنة المتعاقدين وحسن نيتهم.

الفرع الثاني

أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم

49- -Sentence rendue dans l'affaire , n° 4667 en 1984 cité par DERAINS(Y.) . J.D.I., 1987, P 1039.

50- --C.A.P. 21/03 /1986, Rev. Arb. p 350-351; note VERGNE (C.).

والقانون الواجب التطبيق

أولا: أهلية الدولة والأشخاص العامة في اللجوء إلى اتفاق التحكيم.

إن أهلية الدولة والمؤسسات العامة في اللجــوء إلــى التحكــيم التجــاري الدولي[51] شكلت ولا تزال تشكل مادة نقاش وجدل كبيــرين، ســواء فــي إطــار العلاقات القانونية الداخلية أم في إطار العلاقات الدولية الخاصة[52]، وقد تركز هذا الجدل حول المنع المفروض على الأشخاص العمــوميين للجــوء إلــى التحكــيم وأسبابه[53]، ومن ثم حول نطاقه في إطار التحكيم الداخلي (وهو لــيس موضــوع بحثنا.

وفي نطاق التحكيم التجاري الدولي تركز البحث، وخصوصا في الإجتهــاد حول كيفية اقرار أهلية الدولة والأشخاص العموميين للتحكيم.

فثار التساءل عما إذا كان يقتضي اتباع منهجية التنازع عند تقرير هذه الأهلية، أم أنه من الأفضل إقرار قواعد مادية تلحظ مثل هذه الأهلية، وقد أضيف إليها مؤخرا التساءل عما إذا كانت هذه الأهلية في إطار العلاقات الدولية تشــكل قاعــدة مــن قواعد النظام العام عبر الدولية؟

لقد اقتضت تلبية حاجات التجارة الدولية إزالة أو تخفيف المعوقات القانونية الداخلية، أي قصر إعمال هذه الموانع على العلاقات الداخلية دون الدولية.

وهذا القصر كان منذ البداية محل جدل ومواقف متعارضة، فموقف القضاء الإداري يختلف عن موقف القضاء العادي وموقف القضاء التحكيمي تميــز عــن موقف كلا القضاءين[54].

ومن جهة ثانية إذا كان حصر الموانع الواردة فــي التشــريعات الداخليــة علــى العلاقات الداخلية فقط، فذلك يعني استبعاد تطبيق قانون الدولة الذي يقر هذا المنع في العلاقات الدولية[55]، وبالتالي تطبيق قانون آخر يقر للدولة مثل هــذه الأهليــة،

---

51 -أنظـــر --DAVID (R.), Op.Cit., p 241.

-MAURAUD (B.), Op.Cit .p9 et S.

-TARARI-TANI (M), "Les règles d'arbitrage international en Algérie", Op.Cit 278-279

52– -JAQUET (J.M.), "L'etat opérateur.....", Op.Cit., p669.

53 -أنظر أبو زيد رضوان ، المقال السابق، ص 25 ؛ عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 84.

54 -محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 107.

55 -أنظر أحمد بر يري (مختار)، المرجع السابق، ص 38.

الأمر الذي طرح مسألة القانون أو القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على أهلية الدولة باللجوء إلى التحكيم في إطار العلاقات الدولية.

وعليه سوف نتعرض لموقف كل من القوانين الوطنية، والاتفاقيات الدولية.

1-موقف التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة.

بالنسة للمشرع الجزائري فلقد كان نص المادة3/442 من قانون الإجراءات المدنية قبل تعديله في 1993: "لايجوز للدولة ولا الأشخاص المعنوية التابعة لها اللجوء إلى التحكيم. ورغم هذا الحظر فلقد كان الواقع مختلف، حيث وتحت ضغط المتعامل الأجنبي، كانت الأشخاص العمومية عادة ماتدرج شرط التحكيم في عقودها الدولية مع الأجانب[56]. إلى أن عدل المشرع عن رأيه في التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية وهذا في المادة 2/442 منه.

وما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري أبقى على فكرة الحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، وإستثناءا إمكانيتها باللجوء إلى التحكيم في إطار علاقاتها التجارية الدولية. وعليه فالحظر مازال قائما فيما يخص العقود التي تبرمها الدولة أو أحد المؤسسات التابعة لها في إطار التحكيم الداخلي، أما في علاقاتها التجارية الدولية فقد رفع عليها هذا الحظر[57]. هذا بخصوص التشريع الجزائري أما فيما يخص التشريعات فهي تعرف تباينا، فمنها من تقر بهذه الأهلية للدولة، ومنها ما يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم[58].

2-القوانين الوطنية التي قررت أهلية الدولة باللجوء إلى التحكيم.

اعترفت العديد من القوانين الوطنية للدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى بأهلية إبرام اتفاقات التحكيم، وبصفة خاصة في مجال المعاملات الدولية الخاصة، مثل قوانين معظم الدول الأوربية مثل أنجلترا، النمسا، اسبانيا، ايطاليا، سويسرا، وكذلك تشريعات الدول الإسكندنافية (دنمارك، فلندا، النرويج)[59] وكذلك

56 -حول مبررات اللجوء إلى التحكيم الدولي لحل منازعات المؤسسات العامة، أنظر عبد الرزاق (مختار) "تطور نظام التحكيم في منازعات المؤسسة العامة "، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2003، ص62 ومايليها؛ عليوش قربوع(كمال)، المرجع السابق، ص1-26؛ TERKI(N.), Op. Cit. , p48, n°70.

57 -عبد الرزاق(مختار)، المذكرة السابقة؛ TARKI(N.), Op. Cit. , p48, n° 70.

58 -ويقسم الفقيه DAVID هذه الاراء إلى ثلاثة: دول تقر بأهلية الدولية باللجوء إلى التحكيم وأخرى، تحظره وأخرى تحظره في العلاقات الداخلية و تجيزه في العلاقات التجارية الدولية. المرجع السابق، ص 242.

59 -أنظر -DAVID (R.).Op.Cit .p 243.

ألمانيا، حيث لم يستبعد القانون الألماني من نطاق التحكيم سوى المسائل الخاضعة للقانون العام وتلك المتعلقة بالنظام العام.

وكذلك الحال بالنسبة للدول الإشتراكية[60] (روسيا، المجر، بولونيا، يوغسلافيا، بلغاريا، رومانيا)، ففي هذه البلدان تمارس التجارة الخارجية بواسطة المؤسسات الحكومية الخاضعة للقانون العام. فيعتبر التحكيم في هذه البلدان الوسيلة الطبيعية المقررة لتسوية النزاعات التي تثور بين الأشخاص العامة والشركات الأجنبية المتعاملة معها، وقد إعترفت بأهلية الدولة والأشخاص العامة والشركات الأجنبية المتعاملة معها. كما اعترفت بأهلية الدولة والأشخاص العامة للتحكيم تشريعات بعض الدول الآسيوية مثل الهند، باكستان، اليابان[61].

كما تضمنت قوانين الإستثمار في العديد من الدول نصوصا صريحة بشأن التحكيم، بمقتضاها يتم حسم النزاعات التي يمكن أن تثور بين الدول والأشخاص العامة من ناحية، والمستثمر الأجنبي من ناحية أخرى، وفقا لإجراءات التحكيم. وقد تضمنت بعض القوانين الخاصة باستغلال الثروات الطبيعية، وخصوصا الثروات البترولية، النص على التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات التي يمكن أن تثور بمناسبة استغلالها، كما هو الحال في اليونان، باكستان، المغرب وايران.

كذلك من الدول التي اعترفت للدولة بأهلية اللجوء إلى التحكيم القانون المصري الجديد للتحكيم، حيث نص في المادة 01 من قانون التحكيم الجديد 94/27 على أنه: " ....تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة هذه العلاقة التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج وإتفق أطرافه على إخضاعه لنظام هذا القانون"، ما يعني سريان أحكام هذا القانون على التحكيم الذي يجري بين أشخاص عامة أو بين شخص معنوي وشخص خاص(طبيعي أو إعتباري).

وقد ثار جدل بشأن تطبيق هذه المادة برغم وضوح النص، حول نطاق تطبيق المادة ،على أي نوع من المعاملات، سواء مدنية أو تجارية أو إدارية،

---

60 -أنظر -DAVID (R.), Op.Cit.p 243-244.

61 -أنظر -EL-AHDAB(A.), "L'arbitrage dans les pays arabes", economica, paris 1988, p 828.

حيث ثار خلاف حول مدى جواز اتفاق أشخاص القانون العام على التحكيم بخصوص العقود الادراية[62].

لكن سرعان ما حسم المشرع هذا الأمر بإدخال تعديل تشريعي لقانون التحكيم وافق عليه مجلس الشعب في 1998/04/23، بإضافة فقرة في المادة المذكورة تقضي بأنه في جميع الأحوال يجوز التحكيم في منازعات العقود الإدارية....."

وضمن هذا الإتجاه كذلك سارت انجلترا، حيث لم تتضمن قوانين التحكيم المتعاقبة لسنة 1924،1889، 1950، 1979 أي نص يحظر على الأشخاص العامة اللجوء الى التحكيم[63].

وكذلك بعض الدول العربية مثل العراق، الكويت، حيث غالبا ما تتضمن العقود المبرمة بين الحكومة والأشخاص الخاصة الأجنبية -خصوصا عقود البترول - شروطا تقضي بإخضاع النزاعات التي تنشأ عنها للتحكيم.

3- القوانين الوطنية التي حظرت على الدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم :

نذكر مثلا المملكة العربية السعودية، بعد أن كانت الحكومة تقبل اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات التي تثور بينها وبين المستثمرين الأجانب، فإن حكم تحكيم أرامكو لسنة 1958 كان بداية لمناقشات طويلة حول شرعية أسلوب التحكيم. حيث أصدر مجلس الوزراء السعودي قرارا في 1963/06/25 يحظر فيه على الأشخاص العامة التحكيم التجاري الدولي، ومع ذلك أجاز هذ القرار اللجوء إلى التحكيم في مجال عقود الإمتياز[64]، إذا ما وجدت المملكة ميزة خاصة في إدراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود. ونظرا لأن عقود البترول تعد ذات أهمية حيوية بالنسبة للمملكة، فقد استمر التحكيم كأسلوب متبع لحسم النزاعات التي تثور بشأنها.

وصدر أخيرا قانون التحكيم في 25أفريل 1982 وقد جاء في المادة 1/3: "لا يجوز للهيئات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض نزاعاتها مع الآخرين إلا بعد

---

62 -شهاب(عاطف)، المرجع السابق، ص 104 وما يليها ؛ أحمد إبراهيم(أبراهيم)، المرجع السابق، ص 122 ومايليها.

63 - حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 307.

64 -أنظر بشأن التحكيم في عقود البترول: طلعت الغنيمي(محمد)، "شرط التحكيم في اتفاقات البترول"، مجلة الحقوق، السنة السادسة ، 1989، ص 51 وما يليها.

موافقة رئيس مجلس الوزراء. ويجوز بقرار من الوزراء تعديل هذ الحكم.[65]
وعليه فأهلية الدولة في الاتفاق على التحكيم في المملكة العربية السعودية مقيدة بشرط الحصول على موافقة مجلس الوزراء.

وفي ليبيا [66]، فرض الحظر على الدولة والأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم بصدور القانون رقم 76لسنة 1970 حيث نصت المادة 01 منه: " يعد باطلا كل شرط يرد في عقد مبرم بواسطة الوزارات والإدارات الحكومية والمؤسسات والهيئات العامة ينص على تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد بطريق التحكيم وقد اضطر المشرع إلى تعديل هذا الإتجاه في 1970/01/04 حيث أضاف للمادة 01 الفقرة: "ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء المختص، بالنسبة لبعض الأطراف وبعض العقود..."، وأصدر المشرع أخيرا في 1972/10/15 قانون ذي مادة واحدة، ألغى بموجبه الحظر الذي كان يفرضه القانون السابق ويقرر المشرع الليبي التنازل نهائيا عن فكرة حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

وأخيرا تدخل المشرع في 1986/11/30، وحظر اللجوء إلى التحكيم وجعل الإختصاص للمحاكم الليبية وحدها، حيث أصبحت المادة 99 من لائحة العقود الإدارية لسنة1981 تنص: " تختص المحاكم الليبية وحدها بالفصل في النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية ويعتبر باطلا كل نص يخضع حل النزاعات الناشئة عن العقد إلى التحكيم أو إلى أي قضاء آخر"[67].

ومن بين القوانين التي حظرت على الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، قوانين دول أمريكا اللاتينية، حيث إعتبرت التحكيم اعتداءًا على سيادتها الوطنية، مثل المادة 06من القانون الأرجنتيني لسنة 1972، المادة 9 من قانون فنزويلا لسنة 1943، والقانون البلجيكي[68].

وقد حظرت قوانين بعض الدول الأوربية على الدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، وأهم مثال يمكن أن نراه في هذا الصدد هو القانون الفرنسي وبعض القوانين التي اتبعت نهجه.

---

65 – ELAHDAB(A.), "L'arbitrage en arabie Saoudite sous la règne de la nouvelle loi de 1983 et de son décret d'application de 1985", Rev.Arb.1986, p541 et s.

66 –أنظر بشأن التحكيم في الجماهيرية الليبية علي رحيم (عامر)، المرجع السابق.

67 –علي رحيم (عامر)، المرجع السابق، 193 وما يليها.

68 –أنظر DAVID (R.), Op.Cit. p243.

حيث تكمن نقطة البداية في هذا الحظر المفروض على الدولة والأشـــخاص العامة في قانون المرافعات الفرنسي القديم، وعلى وعلى وجه التحديد في المـــواد 1004و 83 منه[69]. و قد اعتبر هذا المبدأ من النظام العام في القانون الداخلي في فرنسا، بمعنى يعمل به إطار التحكيم التجاري الدولي، لإختلاف فكرة النظام العام بمفهومه الدولي عنه في القانون الداخلي. وهو ما أشارت إليه اتفاقيـــة نيويـــورك والتي انضمت إليها فرنسا.

ومع ذلك عقَّب الفقه الغالب على هذين النصين، أن الحظر قاصـــر علـــى الأشخاص الإدارية بالمعنى الدقيق، ولا يمتد إلى الأشخاص العامـــة ذات الطـــابع التجاري والصناعي. وذلك على أساس أن المؤسسة العامة ذات الطابع التجـــاري والصناعي تعتبر تاجرا حقيقيا تطبق على علاقاتـــه قواعـــد القـــانون التجـــاري، وتخضع للقضاء التجاري. وبالتالي يكون في مقدور الأشخاص العامة ذات الطابع التجاري اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للنزاعات الناشئة عن المعـــاملات الخاضـــعة للقانون الخاص[70]. ولقد عدل المشرع بموجب القانون الصادر في 1986/08/19 في نص المادة التاسعة منه، من موقفه السابق، حيث أورد اســـتثناء علـــى هـــذا الحظر، ومؤدى هذا الإستثناء السماح للأشخاص العامة بإدراج اتفاق التحكيم فـــي عقودها مع الشركات الأجنبية إذا تعلق الأمر بمشروعات قومية،[71] حيث أصبحت المادة 49 تنص :" استثناء من نص المادة 2060 مدني، يسمح للدولة، الجماعـــات الإقليمية والمؤسسات العامة بإدراج اتفاق التحكيم فـــي عقودهـــا مـــع الشـــركات الأجنبية لإنجاز عمليات تهم المصلحة القومية، وذلك لتسوية المنازاعات المرتبطة بتطبيق وتفسير هذه العقود.

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على أهلية الأشخاص المعنوية العامة.[72]

بالنسبة للدولة، لا تثور مشكلة تحديد المقصود بالقانون الشخصي الواجـــب التطبيق لأن هذا القانون هو دائما قانونها الداخلي. وكذلك الأمر بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة التابعة لها.

---

69 –أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 124؛

-RICHER(L.), "Droit des contrats administratifs", L.G.D., 1995, p. 256.

70 –حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 315.

71 –أحمد بريري(مختار) ، المرجع السابق، ص 38.

72 –أنظر -DAVID (R.), Op.Cit., p274 et S.

وعليه تخضع مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الدولة وأجهزتها العامة لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص المعنوي العام. لكن هذا التقييد ليس مطلقا في إطار العلاقات التجارية الدولية حيث كانت الحاجة ماسة إلى إيجاد وسائل وآليات يكون من شأن العمل بها خلق استثناءات على هذ المبدأ تستجيب لحاجات التجارة الدولية وأخلاقيات التعامل وأخيرا مقتضيات العدالة. وتتوضح هذه المسائل في التطبيقات التحكيمية ذات الصلة بالموضوع.

1- مبدأ تطبيق القاضي لقانون الوطني.

إن تطبيق قانون الدولة على أهلية الشخص المعنوي العام المتعاقد مع طرف أجنبي، يعد مبدأ من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، ذلك أن خضوع الأهلية التعاقدية للجهاز التابع للدولة لقانونها الداخلي أمر تفرضه كافة الظروف المحيطة بهذا الجهاز[73].

فالدولة هي التي تتولى انشاءه وتساهم في رأس ماله بجزء من أموالها، وتمارس الرقابة على أنشطته[74].

وعليه، يكون قانون الدولة المتعاقدة هو الذي يحدد مدى أهلية الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها اللجوء إلى التحكيم وكذلك نطاق اختصاصها[75]، بحيث يمتنع على هذه الأشخاص القيام بأعمال وتصرفات خارج تلك الحدود والإختصاصات. فإذا قامت بذلك فإن السؤال يطرح حول الجزاءات المفروضة بصدد هذه التصرفات؟ فهل يجوز للشخص المعنوي التمسك ببطلان هذه التصرفات تطبيقا للقواعد الواجبة التطبيق؟ أم أنه يقتضي عدم الأخذ بهذه القيود القانونية الداخلية في ميدان العلاقات التجارية الدولية ؟

من أجل تفادي النتائج غير المقبولة التي يمكن أن تترتب على تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة أو الأشخاص العامة التابعة لها، قدم الفقه اقتراحات متعددة، وهي في الحقيقة استثناءات عن مبدأ خضوع أهلية الدولة لقانونها الداخلي.

2-الإستثناءات ،وسائل استبعاد قانون الدولة

---

73 - محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 136.

74 -السيد الحداد (حفيظة)، "العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة"، المرجع السابق، ، ص 71.

75 - السيد الحداد (حفيظة)، المرجع السابق، ص74.

يتفق الفقه والإجتهاد على استبعاد قانون الدولة المختص بحكم أهلية الأشخاص العامة بسبب مضمونه، أو بسبب موقف الأطراف المتعاقدة، إضافة إلى ذلك تم اللجوء إلى مبدأ حسن النية وبعض المفاهيم القانونية القريبة منه لإستبعاد هذا القانون.

أ -استبعاد قانون الدولة بسبب مضمونه:

يقصد بهذا الإستبعاد عدم تطبيق القانون المختص بحكم أهلية الشخص المعنوي العام بسبب مخالفته للنظام العام، ويرى الفقه أنه بإمكان المحكم على الرغم من عدم وجود قانون إختصاص له، استخدام فكرة النظام العام لإستبعاد القانون المختص[76].

والمقصود بالنظام العام،هو النظام العام عبر الدولي[77]، وفقا لما جاء في قرار التحكيم الصادر في القضية رقم 76/2521[78] الذي قضى بأنه في الحالة التي تنكر فيها الدولة على مؤسساتها العامة أهلية اللجوء إلى التحكيم، فإن موقفها يكون مخالفا للنظام العام الدولي.

ويؤكد الفقه على دولية النظام العام عندما يشير إلى أنه دولي وأنه النواة الأساسية لقانون التجارة الدولي lex marcatoria ، علما أن هذا القرار قد جاء في سياق الإجتهاد التحكيمي الصادر في القضية رقم 1968/1526[79] والقضية رقم1971/1939[80].

---

76 - أنظر

MAYER(P.), "La neutralisation du pouvoir normatif de l'etat en matière des contrats d'Etats ", J.D.I . 1986, P 5 et S.

حيث جاء بالفرنسية:

" Il n'ya pas d'impossible à ce qu'un arbitre ne possédant pas à proprement parler de lex fori, oppose l'exception d'ordre public à la loi normalement applicable ", p54et 55.

77 -انظر إلى ص 139 ومايليها هذه المذكرة.

78- -Sentence rendue dans l'affaire n° 2521/76, J.D.I., 1976, p 997et s.

79 - -Sentence rendue dans l'affaire n° 1526 en 1968, J.D.I.1974, p. 915 et S ; note DERAINS(Y.).

وتتعلق هذه القضية بالتراع الناشئ بين الدولة الإفريقية وبين الطرف الآخر البلجيكي حول اقدام الدولة على ابطال إمتياز شراء المنتجات المنجمية المستخرجة في إقليمها والذي أثيرت فيه مسألة أهلية الدولة للجوء إلى التحكيم، وقد عمد المحكم إلى تقرير هذه الأهلية للدولة استنادا إلى أحكام قانونها الخاص.

80 - -Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1939 en 1971, cité par DERAINS , " Le statut des usages du commerce devant les juridictions arbitrales", Rev. Arb.1973, p.122.

نشير إلى أن القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم 1526 لسنة 1968، لم يتعرض لمسألة مخالفة النظام العام عبر الدولي، ولا للقانون التجاري الدولي، بل اقتصر على الإقرار بصحة اللجوء إلى التحكيم استنادا إلى إرادتها الحقيقية[81].

وفي القرار 1993 اسنة 1971 تم التعرض لمفهوم النظام العام انطلاقا لضرورة معاقبة بعض التصرفات الصادرة عن الجهاز التابع للدولة وليس مبدأ عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم[82].

ب-استبعاد قانون الدولة بسبب موقف الأطراف المتعاقدة

ب-1 موقف الطرف الأجنبي:

يرى البعض[83]، أنه لتجنب بطلان اتفاق التحكيم بسبب عدم أهلية الشخص المعنوي العام، يمكن الأخذ بحسن نية الطرف الأجنبي، أو بنظرية الظاهر التي كان الطرف الأجنبي ضحية لها. والمقصود بهاتين الفكرتين هو أن يجهل الطرف الأجنبي المتعاقد مع الشخص المعنوي العام عيب عدم الأهلية الذي يلازم هذا الأخير، مما يؤدي إلى وقوع الطرف الأجنبي في غلط حول أهلية الشخص المعنوي العام، ويشترط أن يكون هذا الغلط مشروعا، ومشتركا ومغتفرا. فالغلط الذي لا تتوفر فيه هذه الشروط والناتج عن جهل بسيط لسبب البطلان أي بعدم الأهلية، ليس من شأنه بصورة عامة أن يجعل التصرف صحيحا بالنسبة للشخص الذي وقع ضحية له[84].

فالغلط الذي توافرت فيه الشروط السابقة وحده هو الذي يؤدي إلى توافر حسن النية، وبالتالي استبعاد عدم أهلية الشخص المعنوي الناتج عن القانون الواجب التطبيق على الأهلية، واعتبار اتفاق التحكيم المبرم من قبله صحيحا رغم العيب اللاحق به[85].

ويعتبر هذا القرار من أول القرارات التي اعتمدت مفهوم النظام العام الدولي لتقرير أهلية الدولة اللجوء إلى التحكيم، فقد عمد المحكمون فيه إلى القضاء بأن النظام العام الدولي يقف بكل قوة ضد قيام أي جهاز دولتي، في تعاطيه مع أشخاص أجانب، بالتوقيع على اتفاق التحكيم بكل حرية ومع علمه بالأمر والذي ولد الثقة لدى المتعاقد معه، أن يتذرع لاحقا خلال إجراءات التحكيم أو التنفيذ ببطلان تعهده.

81 -انظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 56.

82 -

MAYER(P.), Op. Cit, p 55.

83 - محمود بردان (إياد)، المرجع السابق، ص 139.

84 - السيد الحدداد(حفيظة)، " العقود المبرمة بين الاشخاص العامة ......"، المرجع السابق، ص 77.

85 - محمود بردان (إياد) ، المرجع السابق، ص 140.

وقد تساءل البعض عن امكانية تطبيق الحلول المعتمدة في إطار أهلية الشخص الطبيعي بصدد أهلية الشخص المعنوي العام، أي الحل المعتمد في قضية لازاردي، والقاضي بعدم الإعتداد بعدم أهلية الشخص الطبيعي في إطار العلاقات الخاصة الدولية متى توافرت بعض الشروط.

إن تطبيق الحل المعتمد في قضية LIZARDI بصدد العقود المبرمة من قبل الأشخاص العامة مع طرف أجنبي يستدعي توافر الشروط التي استلزمت اعتماده، وهو أمر غير متوفر في هذه العقود، وهذا فيما يخص شرط عدم الإعتداد بنقص أهلية الشخص المتعاقد إلا إذا كان متمتعا بصورة كاملة وفقا لقانون الدولة التي تم فيها التصرف. فإذا أبرم اتفاق تحكيم بين شخص معنوي عام وبين طرف أجنبي في دولة هذا الأخير فهل يمكن القول بأن أهلية الشخص المعنوي العام تحدد على ضوء قانون الدولة التي جرى فيها التوقيع، والذي يعترف للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم؟ الإجابة طبعا بالنفي حسب البعض، لأنه لا يوجد أي نص قانوني يفصل في مسألة أهلية الأشخاص المعنوية التابعة لدولة أخرى[86].

وقد كان هذا الحل هو السائد قبل صدور القانون الدولي الخاص السويسري، الذي وضع قاعدة مادية بخصوص أهلية الدولة للجوء إلى التحكيم[87].

ب-2 موقف الشخص المعنوي.

يرى الفقه أن قيام الشخص المعنوي بإبرام اتفاق التحكيم مع طرف أجنبي مع علمه بحظر ذلك وفقا لقانونه الداخلي، ودون إعلام الطرف الثاني بهذا الحظر يشكل إهمالا، وفي أسوء تقدير غشا وخداعا، [88] ويثير مسؤولية الشخص المعنوي العام، ويوجب عليه تعويض للطرف الأجنبي المتعاقد، وتفاديا لمثل هذه الحالات يقترح oppetit [89] أن يُوضع على عاتق الشخص المعنوي العام موجب إعلام الطرف الأجنبي المتعاقد معه بوضوح، بحيث لا يقتصر على مجرد ذكر بعض العبارات العامة كالنص على الحصول على الموافقات الإدارية الضرورية، أو التراخيص والموافقات التي لا غنى عنها، وبحيث تكون مخالفة هذا الإلتزام مؤلفة لخطأ تعاقدي يثير مسؤولية الشخص المعنوي وما يترتب على ذلك من مسائل

---

86 - MAYER(P.) Qui considère :" Qu'aucune disposition de la loi d'un Etat ne se prononce sur la capacité des personnes morales de droit public d'un autre Etat."

87 -محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 140.

88 -محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 141.

89 - -OPPETIT(B.)," Arbitrage et contrat d'Etat" .Fromatome et autre c/Atomic Energy organisation of Iran".J.D.I.1984 ,p51et S .

فيما يخص التعويض عن الضرر، ما يطرح التساءل حول ما إذا كـان يقتضـي تقرير التعويض عن الضرر اللاحق بالطرف الأجنبي بصورة بدلية، أم يكون من الأفضل تقرير الإبقاء على العقد من خلال حرمان الشخص المعنوي العـام مـن التذرع بعدم أهليته حماية للطرف الأجنبي وهذا الحل الأخير هو الأنسـب حسـب الفقه الراجح.

غير أن هناك من يشكك من مثل هذه الحماية، من حيث إمكانية تقريرهـا بمجرد إثارة مسؤولية الشخص المعنوي العام، فلئن كان الإجتهاد قد رتب مسؤولية الأشخاص العامة برد دعاوي البطلان المرفوعة أمامه وخصوصـا فـي حـالات الإخفاء الإحتيالي لعدم الأهلية، فإن مثل هذا الحل لا يسلم من النقد. ذلـك أنـه لا يمكن تعميمه على جميع الحالات كونه يتطلب خداعا في اخفاء عدم الأهليـة مـن ناحية، كما لا يمكن التسليم به عندما تكون المصلحة العامة هي التي تبرر الحظر الذي تم خرقه، وهو ينطبق على العقود المبرمة من قبـل الأشـخاص العامـة.[90] وعليه اقترح البعض الأخذ بفكرة الـ ESTOPPEL.

وعليه راح المحكمون والفقهاء يستندون إلى فكرة تسمى بمبدأ الإستوبل Estoppel [91] ومبدأ حسن النية وغيرهما من الأفكار لإستبعاد الدفوع المقدمة مـن الأشـخاص العامة المتعلقة بعدم أهليتها لإبرام الاتفاقات التحكيمية.

فبالنسبة لمبدأ الـ Estoppel ويعبر عنه باللغـة اللاتينيـة NON CONCEDIT VENIR CONTRA FACTUM PROPRIUM أو مبدأ الحيلولـة[92] حسـب التعبيـر الفقهـي العربي، هو عدم قبول الإدعاء بما يتعارض مع الإقرار عملا وقولا، بمعنى أنه إذا اعتقد شخص بوجود حالة معينة دفعته للتعاقد مع شخص آخر، فإنه لا يجوز لهـذا

---

90 -السيد الحداد (حفيظة)، المرجع السابق ، ص 84.

91- Estoppel- ، أصل هذا التعبير الكلمة الفرنسية Estoupé و الإنجليزية Estopped ، وهو لا يخلو من معنى الكلمتين، إذ يفيد الإغلاق أو الإيقاف عن سير أو تصرف أو سلوك. على أن معناه القانوني يذهب إلى أبعد من ذلك، ويمكن تفسيره بالإغلاق الحكمي أو الحجة المغلقة أو الموصدة، لأنها تغلق على الشخص باب الرجوع فيما قال أو فعل ، وتجعل من قوله أو فعله حجة عليه، كما يمكـن تفسيره أيضا بالحجة القاصرة على صاحبها، أو الحد ...، والـ Estoppel قاعدة من قواعد البينة تمنع الشخص من إنكار ما صـدر عنه من قول أو فعل أو سلوك وتقرر أن صدوره ورضاه أو سكوته عن أمر أو قبوله به صراحة أو ضمنا يعتبر حجة قاصره عليه تحرمه من نقضه ولاتختلف هذه القاعدة عن المبدأ القائل بأنه :" لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سابق سلوكه، كما لاتختلـف عـن قـول الشرعيين الإسلاميين : "من سعى في نقض ماتم على يديه فسعيه مردود عليه". مأخوذ من :
HARITH SULEIMAN FARQI, " Dictionary English-Arabic", Librairie du LIBAN Publishers; 3Ed , p 257 et 258.

92 -محمود بردان(اياد)، المرجع السابق، ص 142.

الأخير أن يدعي بوجه الطرف الآخر بحالة تخالف الحالة التي كانت موجودة وقت التعاقد، أو أن يعمد إلى إنكار صحة التصريحات التي قالها[93].

وقد أصبح الفقه يرى في هذا المبدأ الأداة الفعالة للحد من سلطات الدولة، تساهم في تأكيد حسن النية فيما يتعلق بالإلتزامات التعاقدية اتجاه المتعاقدين معها من الأجانب، كما يعتبر مبدأ عاما في قانون التجارة الدولية انطلاقا من مصدرها الأسمى المتمثل بمبدأ حسن النية المعترف به اليوم بصورة شاملة في معظم الأنظمة القانونية.

وقد تبنى المحكمون هذه المبادئ والقواعد في عدة قرارات تحكيمية، مثل القرار الصادر في قضية رقم 1939 لسنة 1971[94]، وبالرغم من عدم ذكر عبارة Estoppel ، لجأ المحكمون إلى استيحاء مضمونها عندما قضوا بأن: " النظام العام عبر الدولي يتعارض بشدة مع إمكانية الجهاز التابع للدولة الذي يتعامل مع أشخاص أجنبية بتجاوز، مع علمه وإرادته، شرط التحكيم الذي ولد الثقة في الطرف الأجنبي المتعاقد معه، وبإمكانيته بالتالي سواء في إجراء التحكيم أو في إجراءات التنفيذ أن يتمسك ببطلان العقد الصادر منه".

هذا وإن المحكم عمد في القضية رقم 2521 لسنة 1976[95]، إلى التساءل عن المنطق الذي لا يجيز مساءلة المؤسسة العامة التي قبلت شرط التحكيم وفقا لقاعدة venir contra pactum proprium وخاصة أن مثل هذا التوجه تدعمه المبادئ العامة للقانون، وقد أثارت القرارات التحكيمية اللاحقة مسألة صحة التصرفات الصادرة عن الأشخاص المعنوية العامة صراحة طبقا لمبدأ Estoppel للحيلولة دون إعطاء أي أثر قانوني للإدعاءات الصادرة عن هذه الأشخاص من أجل الإفلات من التحكيم.

---

93 - L'inpossibilité pour une partie de se prévaloir d'allégations contradictoires, lorsq'une telle prétention fait grièf à l'autre partie", PINSOLLE(PH), "Distinction entre le principe d'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international ", J.D.I. 1998, p 904 et S.

وحول البدأ : -GAILLARD(E.) "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, comme principe générale du droit du commerce international ", Rev.Arb. 1985, p 241 et s.

94 - Sentence rendue dans l'affaire n° 2521 en 1976, p 989; note DERAINS(Y.).

95 -Sentence rendue dans l'affaire n° 2521 en 1976; note DERAINS(Y.)

ففي قضية AMCO [96] رفضت المحكمة التحكيمية الأخذ بالحجج التي تذرعت بها الدولة الأندونيسية لإستبعاد اختصاص المركــز الــدولي لتســوية النزاعــات الخاصة بالإستثمارات استنادا إلى مبدأ Estoppel.

ورغم المزايا التي يقدمها هذا المبدأ، أشار الفقه[97] إلى أنه يوجد إغراء فــي التمسك بهذه الفكرة بوجه الشخص المعنوي العام، كونها تؤدي إلى حماية الطرف الأجنبي عند الإدعاء ببطلان اتفاق التحكيم، لأنها تؤدي بالنتيجة إلى إقرار صحته وإعماله.

ويوجد في الفقه وخصوصا الإنجليزي، فئة تشكك بإمكانية التمسك بفكــرة Estoppel بوجه الشخص المعنوي العام المتمسك بعدم أهليته، مشيرة إلى أنــه فــي إطار التعامل مع الأشخاص المعنوية العام، لا يمكن حرمان هــذه الأخيــرة مــن الإحتجاج بعدم أهليتها حال قيامها بتصرفات تتجاوز نطاق اختصاصها[98].

ويرى المنتقدين لفكرة الإستوبل أن عدم ملاءمتها تكمن أساسا وقبــل كــل شيئ في الفصل بين الشخصية القانونية التي يتمتع بها الجهاز التابع للدولة، عــن الشخصية القانونية للدولة. فإذا كان الجهاز مسؤولا عن الإهمــال أو حتــى عــن تصرف مشوب بالتدليس، فإنه يمكن الزامه بالتعويض، فالمصــالح العامــة التــي تحميها القاعدة القانونية التي تم إنتهاكها، لا يمكن التضحية بهــا، وبالتــالي فــإن التصرف يظل مشوبا بالبطلان.

وهذا الرأي يرى بأنه في هذه الحالة لا يمكن أن يطبق مبدأ Estoppel، استنادا إلى أن التصرفات التي تصدر عن الشخص المعنوي العام لا تتعلق به فقط، وإنما أيضا بالدولة التابع لها، وإن كان يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عنها.

وعليه يجب التمييز بين تصرفات هذا الشخص المعنوي العام التابع للدولــة وتصرفات الدولة نفسها، والتي استقرت الأراء الفقهية والقضائية والتحكيمية على عدم جواز احتجاجها، وعليه فلا يوجد أي سبب مبرر لمثل هذا التمييز.

---

96 – -Sentence AMCO rendue le 25/09/1983.Rev.Arb.1985.

ومن القرارات التي تعرضت لمبــدأ الإســتوبل: -Sentence rendue le 01/03/1983, l'affaire WOOD WARD n° 67. Rev.Arb 1985.

97 – - MARTIN (A.), " L'estoppel en droit international public ", 1979, p 17 et s. Cité par MAYER(P.); Op.Cit.p .58.

98 – محمود بردان(اياد)، المرجع السابق، ص 145.

على أن الإجتهاد التحكيمي بدأ يأخذ بمبدأ حسن النية كسبب لإستبعاد ما يثور خلال الإجراءات التحكيمية، من دفوع تتعلق بحظر اللجوء إلى التحكيم على الدولة والأشخاص المعنوية العامة، والمقاربة بين مفهومي Estoppel ومبدأ حسن النية، وهذا مانراه من خلال القرار التحكيمي الصادر في 1988[99]، الذي قضى بأنه: " سيكون مخالفا لحسن النية إن تعمدت المؤسسة التي أخفت في أول الأمر وجود مثل هذه القاعدة في القانون الداخلي (القواعد التي تحظر اللجوء إلى التحكيم)، أن تثيرها لاحقا، لتنكر صحة الإلتزام الذي سبق أن التزمت به مع علمها الكامل بهذا السبب". وهذه الصياغة تبرز بوضوح المقاربة بين مبدأي حسن النية و ESTOPPEL .

وأخيرا نخلص إلى أن هناك اتفاقا بين الفقهاء على أن قدرة الدولة والأشخاص العامين التابعة لها على الاتفاق على التحكيم في عقودها المبرمة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية تخضع لقانونها الوطني، وذلك على الرغم من وجود اختلاف بينهم بشأن تكييفها. كما أن هناك اتفاقا بينهم على أنه لايجوز للدولة و الأشخاص العامة أن تحتج بإنعدام أهليتها أو نقصانها المقرر في قانونها الوطني الواجب التطبيق من أجل إبطال اتفاق التحكيم الذي سبق وأن وافقت عليه مع وجود اختلاف فيما بينهم حول الأسس التي يستندون إليها.

المطلب الثاني
القابلية الموضوعية للتحكيم
والقانون الواجب التطبيق

الفرع الأول

القابلية الموضوعية L'arbitrabilité objective ou rationae

تعد مواضيع القابلية الموضوعية للتحكيم أو عدمها من المسائل الهامة، التي شغلت ولاتزال بال المهتمين بالتحكيم، والسعي إلى حلول يكون من شأنها السماح للتحيكم أن يقوم بدوره، بصورة تقلل من حجم تدخل المحاكم الوطنية لإبطال اتفاقات التحكيم، بحجة أن موضوع النزاع محل التحكيم، يعد

99- Sentence rendue dans l'affaire n° 5103 en 1988, J.D.I ., 1988, p 1207 et spec 1209; note AGUILLARA (G.).

من المواضيع التي لا يجوز حلها بواسطة التحكيم، لأسباب تتعلق بالنظام العام[100].

وتزداد أهمية المشكلة كبرا، إذا علمنا أنه يعود لكل دولة اصدار التشريعات الخاصة بالتحكيم، وتحديد المواضيع التي يجوز اللجوء بشأنها إلى التحكيم من التي لا يجوز فيها التحكيم [101]، ولا أدل على هذه الحرية المعترف بها للدول في هذا الخصوص، من أن هذه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد ربطت التزام الدول بالإعتراف باتفاقات التحكيم بكون النزاع- محل اتفاق التحكيم -متعلقا بمسألة تقبل التسوية بطريق التحكيم

وذلك دون أدنى تحديد، ودون أن تحاول وضع قاعدة موضوعية تلتزم بها كل الدول الأعضاء[102]، فالمادة 01/01 من بروتوكول جنيف لسنة 1922 تنص: " تعترف الدول المتعاقدة بصحة اتفاق التحكيم وكذلك شرط التحكيم... في المسائل التجارية أو المسائل الأخرى التي تقبل التسوية بطريق التحكيم ...."

وكذلك جاءت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 معبرة عن هذا المعنى بمعنى أكثر وضوح حيث نصت المادة 1/02 : " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية معينة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم".

ونفس الحل جاءت به المادة 4/25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965، حيث نصت : " يجوز لكل دولة متعاقدة عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الاتفاقية أو في أي تاريخ لاحق، أن تخطر المركز بالنزاع أو المنازعات التي ترى إمكانية خضوعها أو عدم خضوعها لإختصاص المركز".

---

100 -أنظر أحمد بريري (مختار)، المرجع السابق، 38 -39؛ خليل (أحمد)، المرجع السابق، ص 28.

101 -محمود برادان(اياد)، المرجع السابق، ص 149.

102 -حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 286.

وعليه، ولما كانت كل دولة تتولى بنفسها تحديد المسائل التي يجوز أو لا يجوز الاتفاق بشأنها على التحكيم، فكان ولا بد أن تختلف الدول فيما بينها في هذا الشأن[103].

وإذا كانت معظم الأنظمة القانونية في الدول المختلفة تقر أن المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم هي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وأن هذه الأنظمة تكاد تجمع على أن المسائل التي يجوز فيها الصلح هي المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية (مثل النسب، الزواج، ...) والمسائل المتعلقة بالنظام العام (جنسية، مسائل جنائية...)، تدخل في إطار عدم القابلية النزاع للتحكيم في نطاق التحكيم الداخلي، أما في اطار التحكيم التجاري الدولي فقد سبق توضيح مسألة دوليته وتجاريته أي متى يمكن أن نقول أننا بصدد تحكيم تجاري دولي[104].

لكن سنناقش هذه المسألة من زاوية محل اتفاق التحكيم[105]، وهو موضوع النزاع المراد حسمه عن طريق التحكيم، ووفقا للقواعد العامة يشترط ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، وإلا كان الاتفاق باطلا، هذا بالإضافة إلى شرط صحة آخر وهو أن يكون موضوع النزاع من المسائل التي يجوز حلها بطريق التحكيم، أي من المسائل التي يقبل في شأنها التحكيم[106].

ونظرا لأهمية هذه المسألة تعرضت لها الاتفاقيات الدولية، مثل اتفاقية نيويورك، وهذا من أجل محاولة توحيد المواقف المختلفة للدول، والسماح لنظام التحكيم أن يؤدي دوره، واجتناب تدخل المحاكم الوطنية لإبطال اتفاقات التحكيم بدعوى أن الموضوع المطروح على التحكيم لا يقبل تسويته بطريق التحكيم. وذلك حيث أن بعض الدول تجعل الأصل هو جواز التحكيم في كافة المسائل مع استثناءات محددة على سبيل الحصر، في حين توجد بعض الدول على العكس تقف موقفا حذرا حيث تعتبر التحكيم طريقا استثنائيا، مما يؤدي إلى توسيع نطاق المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، مستندين على مسائل

---

103 – حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 287.

104 – أنظر أحمد بريري (مختار)، المرجع السابق، ص 40. وأنظر المبحث التمهيدي لهذه المذكرة، ص 9 ومايليها.

105 –وقد سبق وأن رأينا الحالة التي تخص محل العقد الأصلي، في إطار حديثنا عن النظام العام عبر الدولي، حيث رأينا أنه وإذا كان محل العقد الأصلي مخالفا للنظام العام عبر الدولي، فللمحكم أن يقضي بهذا البطلان.

106 –شهاب(عاطف)، المرجع السابق، ص 145. وأنظر السيد الحداد (حفيظة)، "الطعن بالبطلان ......"،المرجع السابق، ص 143

غير محددة كفكرة النظام العام[107]، في حين أن بعض الدول قد أخذت بحلول توفيقية في هذا الخصوص، وذلك بأن حددت المسائل التـي لا يجـوز فيهـا التحكيم وأما عن طريق الإجتهاد القضائي الذي يعطي لفكرة النظـام العـام مفهوما ضيقا بإعتبار أن المقصود هو النظام العام الدولي ولـيس الـداخلي، بحيث لا يعني وجود قواعد آمرة منظمة لمسألة معينة أنها صارت بالضرورة غير قابلة للتحكيم[108].

ونتيجة لإستحالة الوصول إلى قاعدة موضوعية موحدة تحدد المسـائل التي يجوز التحكيم بشأنها وتلك التي لا يجوز فيهـا ذلـك، تقـرر الإكتفـاء بالإشارة إلى المبدأ العام مع إحاطته بالقدر الممكن من الضمانات التي تكفـل عدم التوسع في تطبيقاته، وتحقيقا لهذا الغرض، حرص المؤتمر على تسجيل رفضه لإقحام فكرة النظام العام في هذا الخصوص، ووجوب تـرك المجـال مفتوحا للإجتهاد خلال المراحل السابقة على صدور حكم هيئة التحكيم. وهـو ما أخذت به المادة 2/5 من اتفاقية نيويورك، كما سنرى.

ونشير بإيجاز إلى موقف القوانين الداخلية في تحديد معـايير قابليـة موضوع النزاع للتحكيم:

من خلال نص المادة 11 قانون التحكيم المصري الجديد 97/27 : "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

ونصت المادة 551 ق.م: " لا يجوز الصلح في المسـائل المتعلقـة بالحالـة الشخصية أو النظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح الماليـة التـي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم.

هذا وقد نصت المادة 01 من قانون التحكيم على أن تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليـا يجـري فـي الخارج وإتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون أيا كانـت طبيعـة العلاقة القانونية.

وعليه يعتبر البعض أن هناك بعض المنازعات لا يجوز اللجوء بشأنها إلى التحكيم، و إلا اعتبر اتفاق التحكيم باطلا، بسبب عدم مشروعية محلـه. ويكون المحل كذلك إذا انصب التحكيم على منازعة بشأن حق مـن الحقـوق

---

107 -أنظر أحمد بريري (مختار)، المرجع السابق، ص 40.

108 -شهاب(عاطف)، المرجع السابق، ص 146.

التي لا يجوز التصرف فيها. و يشترط لكي يكون محل اتفاق التحكيم صحيحا ومشروعا ألا يتم في مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو بالنظام العام.

في الحقيقة إن هذا التفسير يصلح إذا كنا بصدد تحكيم داخلي ولكن لا يتناسب البتة مع التحكيم التجاري الدولي، وربما أن هذا التفسير لنصوص القانون المصري، يرجع إلى كون المشرع قد مزج بين قرارات التحكيم الداخلي وقرارات التحكيم التجاري الدولي. ولكن بالنسبة للتشريعات التي لم تأخذ بهذا المزج فإن مسألة القابلية للتحكيم التجاري الدولي لا ينظر إليها من هذه الزاوية.

فلا يمكن أن نتصور عرض نزاع متعلق بأحوال شخصية حتى وإن كان بين طرفين من دولتين مختلفتين على هيئة تحكيمية تجارية، ثم القول أنها غير مختصة بالفصل في النزاع لأن النزاع متعلق بالأحوال الشخصية، وبالتالي غير قابلة للتحكيم.

تجدر الإشارة إلى أن الفقه الراجح يذهب إلى عدم جواز التوسع في تفسير المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم بإعتبار أن عدم القابلية للتحكيم هي إستثناء وأن الأصل هو جواز التحكيم والقول بعكس ذلك من شأنه تهديد نظام التحكيم ككل، فالأمر الذي يعننيا في مجال دراستنا، أن تكون المنازعة منصبة على موضوع له طابع دولي، ويتعلق بالتجارة الدولية، وهو ما يتحدد وفق معايير سبق وأن تطرقنا إليها.

وعليه فإن موضوع النزاع يجب أن يكون من الأمور التي يجوز فيها التحكيم في نطاق التحكيم التجاري الدولي، بأن تكون المنازعة متعلقة بمعاملة تجارية دولية ، وأن لا يكون موضوع النزاع من المواضيع التي تخالف النظام العام[109] بالمفهوم الذي سبق وأن تعرضنا إليه في المبحث السابق.

وإذا كانت مسألة قواعد النظام العام تختلف من تشريع إلى آخر، ولكن فكرة النظام العام تنتج من وجود قواعد قانونية آمرة لا يمكن مخالفتها من قبل الأشخاص وعليهم قبولها، ذلك لأنها وضعت للصالح العام، ونجد الأحكام القانونية التي تعتبر من النظام العام وقسم آخر يكتفي بإيراد عبارة عامة تشير إلى طبيعة الأحكام المذكورة[110].

---

109 -محمد سامي(فوزي)، المرجع السابق، ص 130.

110 -محمد سامي(فوزي)، لمرجع السابق، ص130.

لكن الأمر يصبح أكثر تعقيدا على الصعيد الدولي لمعرفة الحالات التي تعتبر من النظام العام الدولي[111]، حيث لا يمكن تحديدها بشكل دقيق وحاسم. إلا أنه يمكن الكشف عن بعض هذه الحالات وفق السوابق القضائية الدولية، سـواء القضائية أو التحكيمية.

وعليه نذكر بعض الأمثلة: كالاتفاقات الخاصة بتهريب المخدرات، تلك المتعلقة ببيع الأسلحة دون موافقة الدول المعنية، أو التوسـط لقـاء عمولـة للحصول على عقد من العقود أو الحصول على إعتماد مصرفي على صـعيد التعامل التجاري الدولي (رشوة)[112]. وهذا المنع في القواعد الدولية يتطـابق والقواعد الداخلية التي تحظر مثل هذه التعاملات .

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية: فنجد أن بروتكول جنيف لعـام 1923، لا يلزم الدول بالإعتراف بصحة اتفاق التحكيم، إلا إذا كان يتعلـق بمسـائل يمكن حلها بالتحكيم، وأعطى البروتكول الدول الحق بـأن تجعـل التزامهـا يقتصر على قرارات التحكيم في المسائل التجارية فقط. (المـادة 1/21مـن البروتكول: " تعترف الدول المتعاقدة بصحة اتفاق التحكـيم وكـذلك شـرط التحكيم في المسائل التجارية أو المسائل الأخرى التي تقبل التسوية بطريـق التحكيم". أما فيما يخص اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فنصت: " علـى عـدم امكانية الإعتراف باتفاقات التحكيم، إلا إذا كان موضـوع تلـك الاتفاقـات منازعات يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، أي أنه وإذا كان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لايمنع الطرفين من اللجوء إلى التحكـيم عنـد نشوب النزاع في ذلك الموضوع إذ أن اتفاق التحكيم يعتبر باطلا، حيث يكون قد إنصب على مخالفة للقانون الذي يمنع اللجوء إلى التحكيم في تلك المسائل، ويمكن أن يشكل هذا سببا للطعن في قرار التحكيم فيما لو صدر رغم المنـع المذكور.

كما سيتعرض الحكم إلى عدم الإعتراف به، وبالتالي عدم تنفيذه فـي الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، ذلك لأنه قد انصب على تسوية موضوع تمنع قوانين تلك الدولة تسويته بالتحكيم، أو أن الحكم مخالف للنظام العام الـدولي.

---

111 – LALIVE (P.) , "Ordre public transnational ou réelement international et l'arbitrage international", Rev.Arb.1986, n° 3, p 329 et S. -

112– sentence C.C.I rencdue dans l'affaire n° 2430, J.D.I.1984, P. 914. -

كذلك هناك نص في اتفاقية التحكيم التجاري الدولي العربي في المادة 35 التي تجيز رفض تنفيذ قرار التحكيم إذا كان مخالفا للنظام العام.

وعليه فإن الإتجاه الراجح هو فتح الباب للدول لتقرير صحة اتفاقيات التحكيم من عدمها، طبقا لقوانينها الداخلية التي تحدد ما يمكن الاتفاق عليه من المواضيع، التي يجوز إخضاعها للتحكيم إذا كانت تلك الاتفاقيات تسري عليها أحكام قوانين تلك الدول، أما إذا كانت الاتفاقات الخاصة بالتحكيم لا تخضع للقوانين المذكورة، فإن الدول تستطيع رفض تنفيذ قرارات التحكيم الصادرة بناءا على تلك الاتفاقات، مدعية أن موضوع النزاع لا يمكن تسويته بالتحكيم. أو أن قرار التحكيم لا يمكن تنفيذه بسبب احتوائه على أمور تخالف النظام العام في تلك الدول.

كذلك جاء نص المادة 4/25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965، حيث نصت: "يجوز لكل دولة متعاقدة عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الاتفاقية، أو في أي تاريخ لاحق، أن تخطر المركز بالنزاع أو النزاعات التي ترى إمكانية خضوعها أو عدم خضوعها لإختصاص المركز".

أما الاتفاقية الأوربية لسنة 1961 فلم يرد فيها نص مماثل كما جاء في الاتفاقيات التي سبق ذكرها، بل أنها اكتفت بالقول بأن أحكامها تهدف الى إيجاد الحلول للمنازعات الناشئة أو التي ستنشأ عن معاملات التجارة الدولية[113].

ويرى البعض أن سكوت هذه الاتفاقية لا يمكن اعتباره مخالفة للمبدأ الذي انتهجته الاتفاقيات الأخرى والذي استقر دوليا، أن إمكانية تسوية موضوع النزاع بالتحكيم التجاري الدولي وعدم مخالفته للنظام العام.[114]

نشير إلىأنه وبخصوص عقود البترول، تنص بعض التشريعات الوطنية على جواز الاتفاق على التحكيم بشأن النزاعات التي تنشأ عنها، من ذلك يمكن أن نذكر قانون البترول الليبي رقم 25 لسنة 1955، والقانون المغربي الصادر في 1958/07/21 ،وقانون البترول الايراني لعام 1957، هذا في حين تنص بعض القوانين الأخرى على خضوع النزاعات التي تنشأ

---

113 -محمد سامي(فوزي)، المرجع السابق، ص 134.

114 -محمد سامي(فوزي)، المرجع السابق، ص 134.

عن عقود البترول لإختصاص المحاكم القضائية في الدول المنتجة، وتحظر الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشأنها، ويمكن أن نذكر من ذلك قانون البترول الإسباني الصادر في 1958/11/26(المادة 57 منه). وكذلك الحال بالنسبة لقانون البترول الكولمبي الصادر في 26 أكتوبر 1955 والقانون الإيثيوبي لعام 1967.

وفي مصر ذهب رأي في الفقه [115] قبل صدور قانون التحكيم الجديد، إلى القول بعدم جواز الاتفاق على التحكيم في الخارج بخصوص المنازعات الناشئة عن عقود البترول، فالمحاكم المصرية وحدها صاحبة الإختصاص لأن هذه النزاعات تتصل بعقار كائن في إقليم الدولة وهذا الإختصاص متعلق بالنظام العام، ولا يجوز عرض نزاع ناشئ عن هذه العقود على تحكيم يجري في الخارج، فالاتفاق على التحكيم في هذه الحالة يعتبر مخالفا للنظام العام[116].

هذا وقد حسم قانون التحكيم الجديد هذه المسألة ونص في المادة 28منه على أنه: " يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو في خارجها" فضلا عن نص المادة 01 من هذا القانون أكد على سريان أحكامه على كل تحكيم يجري في مصر أو في الخارج ويتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون دون أدنى تفرقة بين ما إذا كان النزاع يتعلق بعقار كائن في مصر من عدمه[117].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على القابلية الموضوعية للتحكيم

تثور مسألة القانون الواجب التطبيق على القابلية الموضوعية للتحكيم بصدد التحكيم الدولي، على عكس التحكيم الداخلي الذي لايعرف مثل هذا الإشكال ووجود مثل هذه الإشكالية ترجع إلى عدم تبني المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم، أو غير القابلة له، هذا راجع إلى اختلاف المفاهيم والأنظمة

---

115 –أبو زيد رضوان، "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي" ، المرجع السابق، ص 92 إلى95.

116 – حسين محمد أبو زيد(سراج)، ص 284.

117 –راشد(سامية)، المرجع السابق، ص 414.

الوطنية الداخلية من حيث نظرتها إلى التحكيم وفي ذلك يقول FOUCHARD أن قابلية النزاع للتحكيم مسألة معقدة كثيرا وتمس مفاهيم وطنية خاصة جدا[118].

واختلاف النظرة إلى القابلية الموضوعية للتحكيم، أدى إلى عدم تعرض المعاهدات الدولية لحل هذه المسألة بصورة حاسمة، واكتفاء بعضها كمعاهدة نيويورك 1958 الإشارة إلى وجوب تطبيق قانون القاضي الذي يطلب منه الإعتراف بالقرار التحكيمي أو تنفيذه.

حيث نصت المادة 2/5 على أنه: " يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه أن ترفض الإعتراف أو التنفيذ، إذا أثبت لها أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم".

إن هذا النص غير كاف، كونه خاص بالقضاء الذي يطلب منه الإعتراف أو تنفيذ حكم المحكمين، ولم يعرض للحالة أمام المحكمين، بالإضافة إلى أنه لم يوضح المعنى من "قانون القاضي"، لجهة اشتماله أوعدم اشتماله على قواعد التنازع التي يشير إليها هذا القانون، وما يترتب على ذلك في تطبيق أو عدم تطبيق لقانون أجنبي على القابلية الموضوعية للتحكيم من قبل القضاء الناظر بالإعتراف أو التنفيذ وعليه سوف نتعرض لكل هذه المسائل تباعا.

أولا: القانون الواجب التطبيق على القابلية للتحكيم أمام المحكمين.

تزداد هذه المسألة أهمية عندما نعلم أنه لايوجد للمحكم قانون اختصاص يلجأ إليه في تقديره للقابلية للتحكيم، بحيث تصبح جميع القوانين الداخلية في ذات المرتبة وعلى قدم المساواة، فيعمد إلى إختيار القانون الذي يراه ملائما لحكم هذه المسألة[119].

فللمحكم الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على القابلية الموضوعية للتحكيم، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة ودون قيود، فإختيار المحكم يجب أن يكون متوافقا مع النظام القانوني الذي سينفذ فيه القرار التحكيمي، أو مع بعض قوانين البوليس التي تستدعي تطبيقها[120]. ولأسباب رآها المحكمون منطقية عادة ما يلجأ هؤولاء إلى تطبيق القانون المطبق على

---

118 – FOUCHARD(PH.) , " L'arbitrabilité du litige est une question trop compliqué, touchant à des conceptions nationales particulières", Op.Cit , .n° 182, p 107.

119 –محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 190؛ أنظر السمدان (أحمد)، المقال السابق، ص 196 و197.

120 –أنظر السيد الحداد (حفيظة)،" الطعن بالبطلان على قرارات التحكيم ..."، المرجع السابق، ص 131.

اتفاق التحكيم على القابلية، وكذلك عمدوا إلى تطبيق قانون مقر التحكيم كما عمدوا الى تطبيق قواعد عبر دولية. وعليه فهناك فئتين من القوانين درج على تطبيقها على مسألة القابلية للتحكيم أمام المحكمين نتعرض لها بإيجاز.

1-التشريعات الداخلية:

يظهر الواقع التحكيمي لجوء المحكمين إلى تطبيق ثلاثة أنواع من التشريعات الداخلية على القابلية للتحكيم. فأحيانا يطبقون القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم، وأحيانا أخرى القانون المطبق في دولة إجراء التحكيم، وأحيانا القانون المطبق في الدولة التي سيتنفذ فيها القرار التحكيمي، وسنتعرض لكل هذه الحلول على حدى.

أ- قانون اتفاق التحكيم:

يرى البعض [121]وجوب تطبيق قانون اتفاق التحكيم على مسألة القابلية للتحكيم لأن هذه الأخيرة تعتبر أحد شروط صحة اتفاق التحكيم. وبالتالي تكون خاضعة لقانون الإرادة وهو ما ذهبت اليه المحكمة التحكيمية في قرارها الصادر 1988[122] والذي انتهت فيه إلى تطبيق القانون الإيطالي بوصفه القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

أما في حالة ما إذا لم يعبر الأطراف صراحة عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم فيطبق على القابلية قانون العقد الأساسي[123].

وهو ما ذهب اليه الإتجاه التحكيمي، ففي القضيتين رقم 6379و 6752 المعروضتين على تحكيم غرفة التجارة الدولي سنتي 1990و 1991 حيث قضى المحكمون بخصوص منازعة تتعلق بعقد توزيع يتم تنفيذه ببلجيكا بتطبيق القانون الإيطالي كونه القانون المختار من قبل الأطراف لحكم العقد الأساسي[124].

وإذا كان الفقه والإجتهاد يأخذان بهذا الحل فإن هناك من ينتقده بشدة، وخصوصا في نطاق قانون المنافسة وامتيازات البيوع الحصرية، حيث يعتبرون أن من شأن اخضاع قابلية المنازعات للتحكيم في هذين المجالين

---

121 -أنظر السمدان (أحمد)، المرجع السابق، ص 201.

122 - -Sentence rendue dans l'affaire n° 6106 en 1988; note RACINE(J.B.) p153.

123 -عن DE BOISSESON، محمود بردان(اياد)، المرجع السابق، ص 193.

124 -حول القرارين أنظر :

-FOUCHARD(PH.), GAILLARD(E.) et GOLDMAN(B.), Op.Cit , p 371.

لقانون الإرادة ربط القابلية للتحكيم بإرادة الأطراف، الأمرالذي يصعب القبول به، وهو ماذهب اليه الأساتذة FOUCHARD,GAILLARD et GOLDMAN حيث يعتبرون أن ترك قابلية النزاع للتحكيم التي تتعلق بالمعتقدات الأساسية للدول لإرادة الأطراف هو بالتأكيد أمر غير ملائم[125].

وقد تعرض هذا الحل بصفة عامة للنقد، حيث أن منح أفضلية لإرادة الأطراف على القوانين التي قد تمنع اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات بنصوص آمرة ذات طابع نظام عام، يؤدي إلى إمكانية تهرب الأطراف من النصوص الآمرة المفروضة في قانون له صلة وطيدة بالنزاع. وكذلك إذا كان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يجيز اللجوء إليه، على عكس قانون دولة مكان التنفيذ، فما هو موقف المحكم في هذه الحالة ؟

إن تطبيق الحل الأول لا يخلو من المجازفة، حيث قد يتعرض الحكم إذا صدر مخالفا لقانون مكان التنفيذ للإبطال، وعليه فإن المحكم سيكون في مواجهة موجبين قد يرتبان نتائج متناقضة:

الأول: موجب إحترام إرادة الأطراف بإختيارهم القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

الثاني: موجب إصدار قرار يتمتع بالفعالية في البلدان التي يمكن أن يطلب تنفيذه فيها، بمعنى آخر اصدار قرار تحترم فيه قواعد النظام العام الملحوظة في قوانين بلاد التنفيذ حتى يكون بالإمكان الاعتراف به وتنفيذه من قبل القضاء في هذه الدول[126].

ب- قانون مقر التحكيم:

يقصد بقانون مقر التحكيم قانون الدولة التي تجري على إقليمها إجراءات التحكيم، والأصل ألا يكون لهذا القانون أي تأثير على القابلية للتحكيم، إنطلاقا من استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي إلا أن العديد من القرارات التحكيمية قد أخذت بهذا الحل، بصفته القانون الأكثر حياد وليس للأطراف أو للعلاقة محل النزاع أية صلة به، مثل القرار التحكيمي الصادر في قضية 1988/6106 والمذكور سابقا، حيث جاء فيه:

---

125 -أنظر -FOUCHARD(PH.), GAILLARD(E.) et GOLDMAN(B.), Op.Cit , p 372.

126 -محمود بردان(اياد)، المرجع السابق، ص 194.

"Les arbitres doivent aussi étudier l'arbitrabilité à la lumière du droit du lieu de l'arbitrage où pourrait être un recour en annulation de la sentence."

"على المحكمين أن يقدروا القابلية للتحكيم على ضوء قانون دولة مقر التحكيم، والذي يمكن أن يكون مقر دفع ببطلان القرار التحكيمي."

حيث عمد المحكمون إلى تطبيق القانون الفرنسي كونه قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، عند بحثهم في مسألة القابلية للتحكيم وذلك لتجنب إمكانية المراجعة ببطلان القرار التحكيمي.

وقد إستمر هذا الوضع إلى غاية صدور القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 والذي تبنى قاعدة مادية في المادة 177 منه حيث تقر بقابلية التحكيم في كل قضية ذات طابع دولي.

ج–قانون مكان تنفيذ القرار التحكيمي –قوانين البوليس:

قد يتعارض القانون المطبق على اتفاقية التحكيم مع قوانين أخرى حول مسألة قابلية النزاع للتحكيم، كتعارض قانون اتفاق التحكيم مع مكان التنفيذ المحتمل للقرار، أو مع قانون مقر التحكيم ويتخذ القانون المتعارض غالبا شكل قانون بوليس، فما هو الحل؟

انقسمت آراء الفقه والإجتهاد حول هذه المسألة إلى قسمين:

الأول: يرى عدم وجوب إلزام المحكم بتطبيق قواعد مكان التنفيذ المحتمل للقرار التحكيمي الذي سيصدر عنه، فالمحكم الدولي ليس بحارس للنظام العام في بلد التنفيذ وغير مكلف من قبل الدولة بتطبيق قوانينها، إذ ليس له قانون اختصاص ملزم بتطبيق أحكامه، فكل القوانين أجنبية بالنسبة له سواء أكانت من فئة قوانين البوليس أم غيره، وعلى قدم المساواة من حيث إمكانية التطبيق. كذلك القول بالأخذ بقواعد النظام العام في البلد الذي سينفذ فيه القرار التحكيمي فيها صعوبة بحيث لا يمكن معرفة هذا القانون مسبقا لأن القرار لا يبين إلا عند صدوره، الطرف المحكوم عليه. ثم إنه قد تتواجد أصول وأموال الطرف المحكوم عليه في عدة دول[127].

---

127 -DERAINS(Y.) Obs sous la sentence rendue dans l'affaire n° 2476 en 1976. J.D.I.1977, P 936 et S.

أما **الرأي الثاني** فيترأسه الأستاذ FOUCHARD.PH[128] حيث يرى أن على المحكم أن يسهر على تأمين الفعالية التنفيذية للقرار الذي سيصدر عنه، وأن يعمد إلى إستخدام كل ما من شأنه أن يجعل هذا القرار بمنآى عن مراجعة الإبطال أو الإعتراف به، وهو الحل الذي أخذت به اتفاقية نيويورك1958 التي تجيز لقاضي التنفيذ رفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم وفقا لقانونه الخاص. وعليه يمكن للمحكم الإستناد إلى أحكام هذه الاتفاقية لتبرير اتجاهه.

كما أنه لإعطاء فعالية للتحكيم كمؤسسة لحل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، تدفع إلى التشديد على وجوب أخذ المحكمين بقواعد النظام العام وقوانين البوليس في مكان تنفيذ القرار، وهذا لمنح ثقة أكبر بمؤسسة التحكيم وبالتالي قرارات التحكيم، لجهة عدم جعلها حبرا على ورق عندما يصار إلى رفض الإعتراف بها وتنفيذها في الدول التي لم يؤخذ بالقواعد الآمرة فيها. وهذا التوجه تعزز بنص المادة 35 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية السارية المفعول منذ سنة 1998، الذي تحدثت عن وجوب بذل المحكمين قصارى جهدهم لإصدار قرار قابل للتنفيذ قانونا[129].

2-تطبيق قواعد عبر دولية :

يرى البعض [130]، أن التحليل المقارن للمعايير المعتمدة في إطار القابلية الموضوعية للتحكيم في الدول يفيد في استخلاص مبدأ مفاده أن التحكيم يكون جائزا في كل مرة يكون لأطرافه حرية التصرف بحقوقهم. فانطلاقا من كون بعض الدول جعلت من حرية التصرف بالحقوق معيارا لمثل هذه القابلية للتحكيم والبعض الآخر جعل من الطابع المالي للنزاع معيارا لمثل هذه القابلية، وهما ليسا بعيدين عن بعضهما من حيث النتائج الخاصة بالقابلية للتحكيم، في كل مرة يكون متناولا فيها حقوقا متنازعا عليها وغير قابلة للتصرف فيها.

---

128 – FOUCHARD(PH..), "Les conflit de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété . industrièlle".Rev.Arb 1977, P63.

129 –حيث تنص المادة 35 : " في جميع الحالات التي لم يتناولها هذا النظام صراحة، تتصرف الهيئة والمحكمة التحكيمية مسترشدين بروح هذا النظام، وتبذلان قصارى جهدهما لكي يصبح الحكم قابلا للتنفيذ قانونا."

130– - GOLDMAN(B.), J.CL, D.I. Op.Cit, Fasc1058, n° 77, p18.

هناك مسائل اعتبرت الإختصاص فيها حصري على سلطات الدولة مثل المنازعات المتعلقة بقوانين المنافسة والإفلاس أو الإجراءات الجماعية حيث تمت بلورة قواعد مادية خاصة بهذه الأنواع من النزاعات. فهل يُشَكِلُ هذا مانعا من اللجوء إلى التحكيم؟

وقد ذهب الفقه والإجتهاد إلى أن قواعد مادية تقرر وجود القابلية للتحكيم في بعض أنواع هذه المنازعات فإن ذلك لم يصل إلى درجة القول بأنها تمثل قواعد نظام عام عبر دولي خاص بالقابلية للتحكيم[131].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على القابلية الموضوعية للتحكيم أمام القضاء.

معلوم أن القاضي له قانون إختصاص يعود إليه عند البحث في مسألة قابلية النزاع للتحكيم على عكس المحكم، وعلى القاضي أن يطبق قانونه عند البحث في مسألة قابلية النزاع للتحكيم. إلا أن هذا المبدأ تدخل عليه بعض الإستثناءات وهو ما سنعرض اليه:

1-**مبدأ تطبيق القاضي لقانونه الخاص lex fori** : يعني هذا المبدأ أن كل الشروط المتعلقة بالقابلية للتحكيم من حيث مفهومها وآثارها تخضع لقانون القاضي الناظر بالمنازعة المتعلقة بالقابلية للتحكيم. واعتبار هذه المسألة تمس اختصاصه -القاضي- الأمر الذي يجعل هذه الحالة كحالات التنازع القضائي.

ويُبَرَرُ تطبيق قانون القاضي بواقعة أنه، يترتب على اتفاقية التحكيم صدور قرار تحكيمي يتطلب تنفيذه في بلده، فيكون من المنطقي إعطاء القضاء في هذا البلد سلطة مراقبة القابلية للتحكيم في ضوء القانون المعمول به في هذا البلد[132].

تجدر الإشارة إلى أن امكانية تدخل القاضي في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على القابلية للتحكيم، يمكن أن تتم في مرحلتين مختلفتين.

أ-حالة ما قبل صدور القرار التحكيمي:

---

131 -محمود بردان (اياد) ، المرجع السابق، ص 202 ؛

Cass.Civ.21/05/1997, Rev.Crit.Dr.Int. Pri 1998, p91;note HEUZE(V.).

132 -محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 203.

تتجسد هذه المرحلة بمسألة تنفيذ اتفاقية التحكيم، عند إدعاء أحد الأطراف أن النزاع غير قابل للتحكيم بمقتضى أحد القوانين الداخلية الواجبة التطبيق، فما هو الحل الذي يجب على القاضي اتباعه؟

ذهبت اتفاقية نيويورك، إلى النص في المادة 1/2 على أن: تعترف كل الدول المتعاقدة بالاتفاقية الخطية، التي يكون الأطراف التزموا بموجبها، أن يخضعوا للتحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت، أوقد تنشأ فيما بينهم بشأن علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية متعلقة بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم".

ونصت في فقرتها 03على أن :" محكمة الدولة المتعاقدة المرفوع إليها النزاع حول موضوع قدم بشأنه أطراف اتفاقية بالمعنى المحدد في هذه المادة تحيل هؤلاء بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، مالم تثبت أن الاتفاقية المذكورة باطلة".

وضمن ذات السياق تبرز المادة 08 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 حيث نصت على:" المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق التحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضع النزاع مالم يتضح لها أن الاتفاق باطل أو عديم الأثر ولا يمكن تنفيذه.

أما بالنسبة لنص المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم لسنة 1965 فقد كانت أكثر وضوحا وحسما بخصوص القانون الواجب التطبيق على القابلية للتحكيم، عند تنفيذ اتفاقية التحكيم، على أنه : " يمكن للقاضي الناظر في القضية ألا يعترف باتفاقية التحكيم إذا كان النزاع حسب قانون المحكمة غير قابل للتحكيم"[133].

أما بالنسبة لموقف القضاء، فهناك إختلاف حول هذه المسألة من دولة إلى أخرى أو حتى داخل الدولة الواحدة، فبعض محاكم دول معينة عمدت إلى تطبيق قانونها الخاص، وغيرها عمد إلى تطبيق قانون الإرادة بخصوص القانون الواجب التطبيق على القابلية الموضوعية للتحكيم.

---

133 – " Le juge saisi pourra ne pas reconnaitre la convention d'arbitrage, si selon la loi du for , le litige n'est pas suscebtile d'arbitrage."

بالنسبة للإتجاه الأول: والمعتمد في فرنسا، ايطاليا، أمريكا ، إن الفقه الحديث[134]، يعتبر انطلاقا من تقدير مسألة القابلية للتحكيم في ضوء النظام العام الدولي وحده، أن هذا التقدير يتم استنادا الى المفهوم الفرنسي لهذا النوع من النظام العام ..."lorsqu'il apprécie l'arbitrabilité objective d'un litige à caractère international, le juge français se réfère nécessairrement à la conception française de l'ordre public international"

وهذا يعني أن القضاء الفرنسي يطبق قانونه الخاص علـــى مســـألة القابليـــة الموضوعية للتحكيم وهذا بتطبيق القواعد المادية بمعزل عن منهجية التنازع.

وكذلك يرفض القضاء الإيطالي إحالة أطراف النزاع إلى التحكيم، فيما لو كان النزاع غير قابل للتحكيم، حسب قانون القاضي الناظر بالنزاع استنادا إلى تفسير المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك وكذلك الأمر في الولايات المتحدة، حيث قضت المحكمة العليا سنة 1985 في قضـــية MITSUBISHI [135] بقابليـــة النزاع للتحكيم في المواد المتعلقة بقوانين المنافسة والإحتكار، وذلـــك طبقـــا لأحكام القانون الفيدرالي للتحكيم واتفاقية نيويورك لسنة 1958.

أما الإتجاه الثاني، فتترأسه المحاكم البلجيكية، عندما تعرضت لمســـألة القانون الواجب التطبيق على القابلية للتحكـــيم بصـــدد النزاعـــات المتعلقـــة بإمتيا1زات البيوع الحصرية، فقد تضاربت مواقف المحاكم إزاء ذلك، بسبب سكوت المادة 02 من اتفاقية نيويورك لجهة تحديد هذا القانون.

فبقرار صادر سنة 1985[136]، بحثت المحكمة الإستئنافية لبروكسل في هذه المسألة، مميزة بين ما إذا كانت مسألة القابلية قد طرحت بصدد البحـــث في صحة اتفاقية التحكيم، أو بصدد الإعتراف بـــالقرار التحكيمـــي وتنفيـــذه، واعتبرت أنه عند البحث في صحة اتفاقية التحكيم، تقدر القابلية للتحكيم على ضوء قانون الإرادة.

وعليه إعتبرت المحكمة أنه في إطار الدفع بوجود اتفاق التحكيم تصبح القابلية للتحكيم شرطا لصحة اتفاقية التحكيم، وبالتالي تخضع للقـــانون الـــذي يحكم هذه الاتفاقية، وأنه في نطاق الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي تصـــبح

134- -FOUCHARD(PH.), GAILLARD(E.), GOLDMAN(B.), OP.CIT P345, n° 559.

135 -حول هذه القضية راجع: Rev. Arb.1986, p273.

136- - C.A. BRUXELLES, le 04/10/1985, Rev.Dr Int. Com..1987, p 296.

القابلية للتحكيم شرط لقبول القرار التحكيمي وتخضع بالتالي لقانون القاضي الناظر بالنزاع[137].

أما بالنسبة للمشرع السويسري فإن المادة 177 من القانون الدولي الخاص، فقد أخضع القابلية للتحكيم لقاعدة مادية، انطلاقا من موضوع النزاع، مستبعدا بذلك إمكانية تطبيق منهج التنازع، عندما نص على أن النزاع يكون قابلا للتحكيم، فيما لو كان ذو طبيعة مالية، وأن تطبق هذه القاعدة من قبل القضاء السويسري، وليس من قبل المحكمين فقط، وهذا طبقا لأحكام المادة 176 التي تنص على وجوب تطبيق هذه القاعدة المادية على أي تحكيم إذا كان مكانه في سويسرا، أو إذا كان موطن أو مكان الإقامة المعتاد لأحد الأطراف على الأقل وقت توقيع العقد غير واقع في سويسرا.

وفي مصر فإن المسألة غير واضحة، الأمر الذي دفع الفقه إلى القول بتطبيق قانون الإرادة، لأن مشكلة قابلية النزاع للتحكيم هي بعينها مشروعية محل العقد، وهي من ثم تخضع لقانون الإرادة الذي يخضع له اتفاق التحكيم[138].

وأخيرا، إن تطبيق قانون القاضي بصفة عامة لقانونه الخاص على مسألة القابلية للتحكيم، بالرغم من سلبياته فإنه يفشل محاولات بعض العاملين في ميدان التجارة الدولية من التجار على أحكام النظام العام في قانون دولة القاضي.

ب- مرحلة ما بعد صدور القرار التحكيمي.

لا تثور مشكلة القانون الواجب التطبيق على القابلية للتحكيم في حال تم تنفيذه طوعا من قبل الأطراف، ولكن الأمر يختلف إذا عمد أحد الأطراف إلى طلب منح القرار الصيغة التنفيذية أو تقديم طلب بطلانه وعليه سنتعرض للمسألتين.

ب-1 القانون الواجب التطبيق عند تنفيذ القرار التحكيمي.

من المبادئ الراسخة في الفقه والإجتهاد والتشريع تطبيق قانون القاضي، عند إثارة مسألة القابلية الموضوعية للتحكيم عند طلب تنفيذ القرار التحكيمي. وهذا راجع لسلطة القاضي في مراقبة القرار التحكيمي في ضوء قانونه الخاص، والقول

137 -محمود بردان(اياد)، المرجع السابق، ص 205.

138 - الجمال(مصطفى) و عبد العال (عكاشة)،المرجع السابق، ص 316.

بعكس ذلك من شأنه إدخال قرار تحكيمي مخالف لقواعد القابلية للتحكيم في الدولة في إطار نظامها القانوني ومنحه بالتالي الصيغة التنفيذية.

ونظرا لأهمية هذا الإتجاه كرسته الاتفاقات الدولية، فاتفاقية جنيف 1927 نصت في المادة 01/ب : "يشترط للحصول على إعتراف بـــالقرار التحكيمـــي أو تنفيذه أن يكون موضوع النزاع قابلا لأن يسوى بطريق التحكيم وفقا لأحكام قانون البلد الذي يطلب فيه التنفيذ أو الإعتراف.

وتنص المادة 05 من اتفاقية نيويورك في البند (أ) من الفقرة 02 على أنه يجـــوز للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه التنفيذ أو الإعتراف".

وعلى صعيد أنظمة التحكيم، تنص المادة 36 من القانون النموذجي للســـنة 1985، عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنه : " لايجوز رفض الإعتراف بأي قرار تحكيمي أو رفض تنفيذه، وبصرف النظر عـــن البلـــد الـــذي صدر فيه، إلا إذا قررت المحكمة أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقا لقانون هذه الدولة".

مما تقدم يتبين القانون الواجب التطبيق على مدى قابلية النزاع للتحكيم يقدر في ضوء قانون الدولة التي يطلب إليها تنفيذ القرار التحكيمـــي، وهـــذا يعنـــي أن يطبق هذا القضاء معايير القابلية للتحكيم المعمول بها في قانون اختصاصه. وفـــي الواقع يؤدي إعمال هذ الحل إلى إشكاليات تعيق مسار التحكيم فيما لو إقتصر على تبني المفاهيم الداخلية للنظام العام دون النظام العام الدولي لتقدير القابلية للتحكيم.

ب-2 -القانون الواجب التطبيق على القابلية الموضوعية للتحكيم في حالة طلب إبطال القرار التحكيمي.

حسب نص المادة 34/ب من القانون النموذجي لسنة 1985 تـــنص علـــى إمكانية المحكمة الناظرة بمراجعة البطلان ضد القرار التحكيمي الحكم بإبطاله، إذا وجدت أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقا لقانونها الخاص، أي وفقا لقانون الدولة التي تمارس فيها المحكمة اختصاصها، وبالتالي فقد تعرضـــت هـــذه المادة لحالة مراجعة البطلان ضد القرار التحكيمي، وليس لمسألة رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي، كما هو الحال في اتفاقية نيويورك 1958.

أما على صعيد التشريعات الداخلية فقد نص المشرع الجزائري في المـــادة 458 مكرر 17 من تقنين الإجراءات المدنية :" يـــتم الإعتـــراف فـــي الجزائـــر

القرارات التحكيمية الدولية إذا أثبت المتمسك بها وجودها، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

ونصت في المادة 458 مكرر 23 : " لايجوز استئناف القرار الذي يسمح بالإعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات التالية:

ب.إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم، و/أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها،

ح. إذا كان الإعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي.

من خلال هذين النصين نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بمعياري بطلان اتفاقية التحكيم والنظام العام الدولي، وعليه على القاضي أن يتأكد من عدم المخالفة للنظام العام الدولي ولكن مصطلح النظام العام الدولي جديد في القانون الجزائري بالمقارنة مع القوانين الأخرى وأمام ندرة الإجتهادات القضائية والأراء الفقهية في تحديد مفهومه[139]، فيجب عدم الأخذ به على إطلاقه، إذا يجب عدم الإعتراف بالقرارات التحكيمية المخالفة للقواعد الآمرة الجزائرية والمتعلقة بالنظام العام الجزائري.

أما التوجهات الحديثة في بعض الدول الأوربية تميل إلى تبني قواعد مادية في القابلية للتحكيم واستطرادا القانون الواجب التطبيق عليها، بهدف تشجيع التحكيم، انطلاقا من الأخذ بمعايير ليبرالية، وتقرر استبعاد القوانين الأجنبية التي يؤدي تطبيقها إلى تطبيق نطاق هذه القابلية. فبالنسبة للمشرع السويسري تبنى في المادة 177من القانون الدولي الخاص قاعدة مادية جعل كل قضية ذات طابع مالي، يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها، وبذلك يكون المشرع السويسري قد وضع قاعدة من شأنها استبعاد كل صعوبة يمكن أن تنشأ عند تقدير القابلية للتحكيم عن طريق فرض تطبيق أحكامه الخاصة.

وهو ما أخذت به المحكمة الفيدرالية السويسرية سنة 1992[140]، حيث قضت بأنه لحل مسألة القابلية للتحكيم، المشرع السويسري الذي تخلى عمدا عن الحل المستند على قاعدة التنازع(ربط القانون الواجب التطبيق بقانون مقر

---

139 - -TERKI (N.), Op.Cit. p. 64 et S.

140 - -Trib Féd SUISSE 23/06/1992, Rev.Arb1993, p 691; note KNOEPFLER(F.).

الأطراف أو بقانون القاضي الناظر بالدعوى)، اختارت سن قاعـدة ماديـة فـي القانون الدولي الخاص مرتكزة على موضوع النزاع.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي لم يذهب إلى الحدود التي وصل إليها نظيـره السويسري بتبني قواعد مادية في نطاق القابلية للتحكيم في نصوصه التشـريعية، الأمر الذي جعل هذه المهمة تقع على كاهل الإجتهاد والفقه، وهو ما توصل إليـه بالفعل، حيث اتجهت إلى تقدير صحة اتفاقية التحكيم الدولي في ضوء قواعد النظام العام الدولي[141].

2-الإستثناء: تطبيق قوانين أجنبية.

لم تشر أي من المعاهدات الدولية إلى هذا الحل في ميدان القابلية للتحكيم، إلا أنه واستنادا على الإرتباط الوثيق بين القابلية للتحكيم والنظام العام، وتقـديرها من حيث القبول أو الرفض على أساس هذا الأخير، يصبح بإمكان القضاء الباحث في مسألة القابلية للتحكيم، الأخذ بأسباب القابلية من عدمها الناتجـة عـن قـانون أجنبي، والأخذ بهذا الحل أثيرت أمام المحكمين والقضاء على حد سواء بخصوص مسائل اجراءات الحصارالمفروضة على العراق ، قانون المنافسـة فـي الإتحـاد الأوروبي.

أ-بخصوص اجراءات الحصار.

حيث قام نزاع بين شركتين ايطاليتين متخصصتين بالصـناعات الحربيـة، وبين السيدM الموكل من قبلها لبيع سفن حربية إلى العراق، فامتنعـت الشـركتين الإطاليتين عن دفع المستحقات المالية المترتبة عليها استنادا إلى العقد، طالبا الزام الشركتين بتنفيذ التزاماتها. فردت الشركتان بعدم اختصاص المحكمة التحكيميـة، مستندتين إلى قرارات مجلس الأمن في منظمة الأمم المتحدة، التي حظـرت كـل تعامل تجاري مع العراق، وقد أكد المحكمون على إختصاصهم في الفصـل فـي النزاع.

وفي مراجعة لقرار المحكمين أمام المحكمة الفيدرالية السويسرية قضت عام 1992[142] بأن المشرع السويسري اعتمد معيارا للقابلية للتحكـيم يتعلـق بطبيعـة

141 -محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص 218.

142- -Trib.féd.suisse 23/06/1992.Rev.Arb.1993, p691; note KNOEFLER(E.)

القضية، وليس بالقانون الذي يحكمها، ولا يوجد من حيث المبدأ ما يوجب التوقف أمام قيود وموانع واردة في قانون أجنبي متعلقة بقابلية القضية للتحكيم.

و انتهت إلى إعتبار أن إجراءات الحصار المتخذة ضد العـــراق لاتتعلـــق بالإختصاص الآمر لأي سلطة دولية، وبالتالي يمكن اللجوء إلى التحكـــيم بصـــدد النزاعات التي يمكن أن يكون أحد الأطراف فيها خاضعا لإجراءات الحصار[143].

ب-بخصوص قانون المنافسة.

إثر نزاع قام بشأن عقد تخصص أو اختصاص مبرم بين شركة بلجيكيـــة G.S.A والشركة الإيطالية S. P.A المتضمن اتفاق تحكيمي لحل النزاعات الناشئة عنه أمام محكمين في سويسرا قضى المحكمون برد الدفع المقدم من الشركة الإيطالية، الرامي إلى ضرورة وقف النظر بالنزاع، لحين صدور إقرار من اللجنة الأوربيـــة الخاصة بالمنافسة، وبعد رد هذا الدفع بقرار ابتدائي أصدر المحكمون قرارهم في الأساس منتهين إلى أن تقرير مطابقة العقد مع القانون الإتحادي لا يـــدخل ضـــمن نطاق اختصاصهم، وأنه بغياب قرار اللجنة ثمة مكان للإفتراض بصحة العقد فـــي ضوء قواعد المنافسة، والمقصود بقرار اللجنة ذلك القرار الذي يصدر عن اللجنة الإتحادية الخاصة بالمنافسة بعد تبليغها بمثل هذه الاتفاقات (طبقا لنص المـــادة 04 من قانون 62/17). وعليه قدمت الشركة الإيطالية مراجعة إبطـــال هـــذا القـــرار التحكيمي، أخذه على المحكمين تقرير عدم اختصاصهم بتطبيق قـــانون المنافســـة الإتحادي، فنقضت المحكمة الفيدرالية القرار التحكيمي وعللت:

".......Ni l'article 85 du traité , ni son règlement d'application n°17 n'interdisent au juge national ou à l'arbitre saisie d'une cause ayant pour objet le règlement des comptes qui doit intervenir entre les parties en relation avec l'execution ou l'inéxécution d'une convention d'en éxaminer la validité."

وعليه أقرت المحكمة الفيدرالية للمحكمين سلطة تقدير صحة العقد في ضوء المادة 85 من معاهدة روما، وبالتالي أصدر قرار مطابق لقـــانون المنافســـة الإتحـــادي وبالتالي تقرير أن تصرف الشركتين لا يشـــكل عمـــلا مـــن شـــأنه التـــأثيرعلى المنافسة[144].

وأخيرا نلاحظ أن الأخذ بالقوانين الأجنبية فيما يتعلق بتحديد نطاق القابلية للتحكيم، اقتصر على الحالات التي تثار فيها مسألة اختصـــاص آمـــر وحصـــري لسلطات أجنبية، تكون متمتعة بطابع النظام العام في سويسرا . ونشير إلى أن الفقه

---

143 -محمود بردان (اياد)، المرجع السابق، ص221.

144 - Sentence arbitrale-AD-HOC, du 30/06/1994, Bull A.S.A.1995, P 286.

السويسري وبعد صدور هذين القرارين انقسم إلى قسمين بشأن تطبيـــق القـــوانين الأجنبية في ميدان القابلية الموضوعية للتحكيم.

الأول: لا يمانع بالأخذ بالقانون الأجنبي عند تقدير مسألة القابلية للتحكيم[145].

الثاني: يتخذ موقفا معاكسا، إستنادا إلى أحكام القانون الدولي الخاص السويســـري الخاص بالتحكيم، والتي تضع قاعدة مادية في نطاق القابلية للتحكيم، مفادها أن كل قضية ذات طابع مالي يمكن اللجوء بشأنها إلى التحكيم، وبالتالي تتحـــدد القابليـــة للتحكيم في ضوء الطابع المالي للنزاع، مما يجعل الأخذ بالقانون الأجنبـــي أمـــرا غير مستحب[146]، ومخالفا لغرض المشرع في التوجه نحو إزالة كل بحـــث عـــن القانون الواجب التطبيق في ميدان التحكيم.

وقد طرح التساؤل في خصوص مجال تطبيق القوانين الأجنبية على مسألة القابلية للتحكيم، هل هي محصورة بالحالتين السابقتين الذكر، أم أن هناك حـــالات أخرى، خاصة وأن هناك مواد أخرى فـــرض المشـــرعون بشـــأنها اختصاصـــا حصريا وآمرا كالمنازعات الإفلاسية مثلا. ويعود هـــذا إلـــى نـــدرة القـــرارات الإجتهادية التي تطبق أو تأخذ بالإعتبار قواعد النظام العام الأجنبيـــة فـــي ميـــدان القابلية الموضوعية للتحكيم، لا سيما أن الإتجاه الراجح أصبح يتبنى قواعد مادية، والتي تعطي المحكم سلطة تقدير اختصاصه فيمايتعلق بالقابلية للتحكيم في ضـــوء النظام العام الدولي وحده.

المطلب الثالث

شكل اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق

سبق وأن قلنا أن اتفاق التحكيم كسائر الاتفاقات الأخـــرى يشـــترط وجـــود التراضي بين الأطراف لقيامه، فهل يكفي هذا التراضي أم يجب أن يتم إفراغه في شكل معين؟ وبعبارة أخرى، هل يجب أن يكون اتفـــاق التحكـــيم مكتوبا؟ومـــاهي طبيعة هذه الكتابة؟ وماهو القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة في حالة مـــا إذا نازع أحد الأطراف في صحة اتفاق التحكيم من حيث الشكل؟

---

145 - BUCHER (A), "Le nouvel arbitrage international en suisse", p41Cité par LALIVE, Op. Cit.p 215.

146 - LALIVE, POUDRET(J.F), REYMOND(C.L), " Le droit de l'arbitrage en suisse", Ed loyot LAUSSANE 1989, P308.

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في ضوء القوانين الوطنية، ثـم الاتفاقيـات الدوليـة المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية[147].

ونشير إلى أنه إرتاينا أن نتناول هذه المسألة نظرا للخـلاف التشـريعي و الفقهي حول الكتابة واتفاق التحكيم والسؤال الذي يطرح نفسه هل الكتابة ركـن أم مجرد وسيلة للإثبات، وبعبارة أخرى هل البطلان الناشئ عن عدم كتابـة اتفـاق التحكيم هو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام؟ أم بطلان نسبي؟

الفرع الأول

شكل اتفاق التحكيم في التشريعات الداخلية

إشترطت معظم القوانين الوطنية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا،[148] بيد أنها اختلفت فيما بينها حول شكل الكتابة المطلوبة وما إذا كانـت رسـمية أم عرفيـة، وحول ما إذا كانت هذه الكتابة للإنعقاد أم للإثبات فقط.

فبعض القوانين الوطنية ذهبت إلى ضرورة كتابة اتفـاق التحكـيم كتابـة رسمية، وذلك بإعتبار أن الاتفاق يمثل الأساس القانوني للتحكيم، وهو مـا أخـذت كل من دول: البيرو، مكسيك، برتغال[149].

إلا أن غالبية القوانين الوطنية لم تشترط أن تكون الكتابة رسمية، وتكتفـي بأن تكون الكتابة عرفية بمعنى أن يرد اتفاق التحكيم في عقد عرفي، كما هو الحال في بريطانيا، أمريكا، روسيا وبقية الدول الإشتراكية، والهنـد وفـي بعـض دول أمريكا اللاتيية كالأرجنتين، شيلي، برازيل ،بوليفيا بالنسبة للتحكيمات التجارية[150].

وهناك بعض القوانين التي لم تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم، كمـا هـو الحال في ألمانيا[151]، حيث يجوز التحكيم باتفاق شفوي بالنسبة للمعاملات التجارية، حيث أنه ورغم نص المادة 1027 من قانون المرافعات على وجـوب أن يكـون اتفاق التحكيم صريحا ومكتوبا، ولكن يصحح العيب في الشكل، ومن ناحية أخرى فإن شرط الشكل المكتوب لا يطبق على اتفاق التحكيم في المسائل التجارية والذي يمكن إبرامه شفاهة وأيضا ضمنيا حيث أنه من المعتاد اللجوء إلى التحكـيم فـي

---

147 –أنظر -DAVID (R.), Op.Cit.p 270 et S. ; MOREAU (B.), Op.Cit. p. 5 , n° 33 et s.

148 – أحمد إبراهيم (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 76.

149 –حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع الاسابق، ص 272.

150 –انظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 88.

151 –أنظر -DAVID (R.), Op.Cit.p 277.

القطاع التجاري، ويستفاد من ذلك أن اتفاق التحكيم التجاري الدولي لا يخضع لأي قاعدة شكلية.[152] وكذلك هو الشأن في كولومبيا وفقا للقانون الجديد للتحكيم الصادر في 1989، والمعدل بالقانون رقم 32 لسنة 1991.[153] والقانون الهولندي في المادة 1021 من قانون المرافعات.[154]

أما بالنسبة لطبيعة هذه الكتابة فإن معظم القوانين التي إشترطت كتابة التحكيم، نصت على الكتابة كشرط للإثبات ADPROBATIONEM وليس شرطا لصحة اتفاق التحكيمAD VALIDATION

كما هو الحال في الولايات المتحدة، وبلجيكا وانجلترا[155]. وكذلك تشريع دولة الإمارات المتحدة لسنة 1992، ونظام التحكيم السعودي لسنة 1983.

وكذلك الأمر في سويسرا، حيث تنص المادة 178 من قانون التحكيم الجديد على أنه: "يكون اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل إذا أُبرم كتابة أو بالتلغراف أو التلكس أو الفاكس أو أي وسيلة إتصال أخرى بالإثبات". وكذلك هذا ما أخذ به التشريع الكندي والبلجيكي والإيطالي والإنجليزي. كما هو واضح من النص نجد قدر كبير من المرونة فيما يتعلق بطبيعة الكتابة المطلوبة، كما أن الكتابة منصوص عليها صراحة كشرط للإثبات.

عكس المشرع الجزائري حيث نص في المادة 4558مكرر2/1 : " يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي"، فواضح أن المشرع الجزائري أخذ بالكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم وليس كوسيلة للإثبات[156]، وهذا بإيراد عبارة تحت طائلة البطلان التي تعني أن الكتابة ركن وليست وسيلة اثبات. أما نوع الكتابة فمن خلال النص لم ينص صراحة على نوع الكتابة المشروطة، أهي رسمية أم عرفية حيث ورد بموجب "عقد كتابي" وقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع السويسري، فإعتبر أن اتفاق التحكيم ينعقد طبقا لقاعدة مادية بالكتابة تحت طائلة البطلان في الفقرة الأولى من المادة 458 مكرر 1 السالفة الذكر، وهذا يعتبر في حد ذاته تقدما بالنسبة لقرارات

---

152 - GOLDMAN(B.), J.Cla. D.I., fasc586, n° 28.

153 –حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 273.؛ أحمد ابراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص 76.

154 – أحمد إبراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص76.

155 –حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص273.

156 –أنظر -TARARI-TANI (M.), "Les règles d'arbitrage international en Algérie", Op.Cit. p 277.

التحكيم الداخلي التي تفرض على اتفاق التحكيم أن يكون ليس مكتوبا فحسب، وإنما يكون موقعا عليه بصورة خاصة[157].

أما في فرنسا، تنص المادة 1443 من قانون المرافعات، بالنسبة للتحكيم الدولي، على أنه "يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبا في العقد الأصلي أو في مستند يحيل إليه هذا العقد، وإلا كان باطلا"، ولم يتضمن هذا القانون أي نص بخصوص اتفاق التحكيم في المجال التجاري الدولي. ومن ثمة يثور التساءل عما إذا كانت هذه القاعدة تنطبق على التحكيم الدولي أم لا؟

وهو ما أجابت عليه المادة 1495 من هذا القانون، إذ تنص هذه المادة على أنه : " عندما يكون التحكيم الدولي خاضعا للقانون الفرنسي، لا تنطبق نصوص الباب الأول، والثاني و الثالث من هذا الكتاب إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك وفيما عدا المادتين 1493 و1494، ويستفاد من هذا النص أنه بمقدور الأطراف اخضاع اتفاق التحكيم لنصوص المتعلقة بالتحكيم الداخلي، وبمقدورهم أيضا استبعاده وعليه لاتسري حكم المادة 1495 على التحكيم الدولي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك[158].

إن إعتبار الكتابة لازمة للإثبات وليس شرط لصحة اتفاق التحكيم لا يتناسب وحكم المادة 1499 من هذا القانون التي تتطلب للتنفيذ قرار التحكيم والإعتراف به تقديم النسخة الأصلية من قرار التحكيم مصحوبة باتفاق التحكيم[159].

هذا وتتطلب معظم قوانين البلدان العربية الكتابة كشرط للإثبات، من ذلك القانون الكويتي، البحريني واليمني والعراقي، وكذلك قانون الإمارات الجديد رقم 11 الصادر في 1992. حيث تنص المادة 203 /2 من هذا القانون على أن :" إثبات اتفاق التحكيم لا يتم إلا بالكتابة"[160].

أما المشرع المصري فقد كان يتطلب الكتابة كشرط للإثبات بموجب قانون المرافعات القديم قبل تعديله بالقانون الجديد للتحكيم، وهذا في المادة 501 حيث كانت تنص على أنه :" لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة"، لكن المشرع في القانون الجديد رقم 94/27 للتحكيم نص في المادة 12 منه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم

---

157 – تراري تاني (مصطفى)،" التحكيم التجاري الدولي قي الجزائر... "، المقال السابق، ص 40.

158 –أنظر أحمد ابراهيم (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 81.

159 –أنظر -GOLDMAN .Op.Cit.J-CL Dr.Int fasc586 n° 13 et S.

160 –حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 275.

مكتوبا وإلا كان باطلا..." وعليه فإن القانون الجديد على خلاف نصوص المرافعات الملغاة قد جعل الكتابة شرطا لوجود اتفاق التحكيم ورتب البطلان على عدم الكتابة، فهي لم تعد ركنا كما كانت وإنما أصبحت مجرد شرط لإثبات الاتفاق[161].

بيد أن هذا النص قد أضفى مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة بحيث لم يشترط صيغة معينة أو شكل معين في الكتابة إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمن ما يتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة". وهذا بعد تأثره بنموذج لجنة الأمم المتحدة وغالبية التشريعات المعاصرة التي أخذت بهذا الحكم لإعتبارات التيسير على المتعاملين بما يتفق وظروف ومعاملات التجارة الدولية[162].

الفرع الثاني
شكل اتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية
وقواعد التحكيم الدولية

نصت المادة 1/2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، علىأنه : " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم ..."، كما بينت الفقرة الثانية من نفس المادة المقصود بالاتفاق المكتوب بأن نصت: " يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات أو البرقيات المتبادلة.

يتضح من خلال النص أن الاتفاقية تطلبت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا حتى تقره الدول وتعترف به هذا مع إضفاء مرونة كبيرة على طبيعة الكتابة المطلوبة حيث لم تحدد أن تكون الكتابة في شكل معين.

و قد انقسم الفقه بشأن هذا النص إلى قسمين، حيث يرى البعض[163] أن الكتابة تعد ركنا أساسيا يجب توافره لإمكان القول بوجود اتفاق التحكيم. وفي حين ذهب رأي آخر[164]، إلى القول بأن الكتابة وفقا لاتفاقية نيويورك للإثبات وليس شرط وجود، وأن القول بعكس ذلك يتعارض مع أبسط قواعد التفسير ويحمل

161 -أنظر أحمد بريري (مختار)، المرجع السابق، ص43.

162 - أحمد ابراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص80.

163 -راشد (سامية)، المرجع السابق،ص235.

164 -أحمد أبراهيم(ابراهيم)، المرجع السابق، 82.

النص أكثر مما يحتمل[165]. حيث أن النص لم يرتب البطلان أو الإنعدام على عدم الكتابة كما فعلت التشريعات التي أخذت بهذا الإتجاه مثـــل التشـــريع المصـــري والجزائري.

وقد تساءل البعض عن القوانين التي تسمح بأن يكون اتفاق التحكيم شـــفويا وتكون في نفس الوقت قد صادقت على اتفاقية نيويورك.

الإجابة، أن المادة 2 من الاتفاقية قد تطلبت الكتابة لإلزام الدول الأعضاء باتفـــاق التحكيم. بيد أنه لا يمكن تفسير ذلك بأن اتفاقية تمنع الدول الأعضاء من الإعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب متى كان قانونها يقضي بذلك[166]. وقد قدمت اتفاقيـــة نيويورك التيسير الذي قدمته مختلف التشريعات والمواثيق المعاصرة، فلم تتطلـــب عقدا موقعا عليه من الطرفين، بل إكتفـــت بتبـــادل المراســـلات المكتوبـــة بـــين الأطراف.

أما بالنسبة للاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لســـنة 1961 فطبقا للمادة 2/01 تطلبت من حيث المبدأ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، غير أنها لم توجب شكلا معينا على غرار اتفاقية نيويورك. هذا بالإضـــافة إلـــى أن هـــذه الاتفاقية أجازت اتفاق التحكيم المبرم في الأشكال التي تقرهـــا القـــوانين الأكثـــر تحررا[167].

أما بالنسبة لاتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار المبرمـــة فـــي واشنطن عام 1965، فقد اكتفت بالنص في المادة 1/25 على أن:" يكـــون اتفـــاق الأطراف على الخضوع للتحكيم لدى المركز الدولي، دون تحديـــد نـــوع الكتابـــة المطلوبة[168].

وقد سارت في نفس الإتجاه قواعد التحكيم الدولية. حيث نصت المادة 7 من القانون النموذجي سنة 1985 على أن: " يجب أن يكون اتفاق التحكـــيم مكتوبـــا، ويعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا، إذا ورد في مستند موقع عليه من الأطراف أو فـــي تبادلات رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصـــال الســـلكي أو اللاسلكي التي تدل على وجوده، أو تبادل المطالب والدفوع والتي يدعي فيها أحـــد

165 -أحمد ابراهيم(ابراهيم)، المرجع السابق، 82

166 -أحمد ابراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص 82.

167 -أحمد إبراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص 82.

168 - -DELAUME (G.R), "Le centre international pour le règlement des differents relatifs aux investissemnts(C.I.R.D.I.), clunet 1982, p779.

الطرفين وجود هذا الاتفاق ولا ينكره الطرف الآخر. كما أن الإحالة في عقد ما إلى مستند متضمن لشرط تحكيم تعتبر بمثابة اتفاق التحكيم، شريطة أن يكون العقد المحيل مكتوبا وأن تكون الإحالة جزءا من هذا العقد. من خلال النص نلاحظ أنه إشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا مع إعطاء حد أقصى من المرونة لنوع هذه الكتابة.

وكذلك الأمر بالنسبة للائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1976 في نص المادة 1/18 وكذلك لائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية في المادة 2/3. وكذلك لائحة محكمة لندن للتحكيم طبقا للمادة 1 من هذه اللائحة فإن على الطرف الذي يرغب في بدء اجراءات التحكيم أن يقدم طلب تحكيم مكتوب على أن يكون مصحوبا بصور من المستندات التعاقدية الوارد فيها شرط التحكيم. ويستفاد من هذا النص ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، سواء في العقد الأصلي أو في رسائل أو برقيات أو تلكسات متبادلة أو أي وسيلة أخرى مكتوبة.

الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم

تبدو أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم إزاء إختلاف القوانين الوطنية حول الشكل الذي يجب أن يفرغ فيه اتفاق التحكيم، لذلك تسعى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بوضع قواعد موضوعية.

إن القول بتوصل الاتفاقيات الدولية لوضع قواعد موضوعية موحدة تطبق في جميع الدول من شأنه القضاء على مشكلة تنازع القوانين، وبالتالي يصبح من غير المفيد البحث عن القانون الواجب التطبيق[169].

---

169 –أنظر عبد المجيد (منير)، المرجع السابق، ص 99. حيث يرى أنه من ناحية شكل اتفاق التحكيم في إطار المبادئ العامة، فإنه يخضع لقاعدة الشكل، بحيث يكون اتفاق التحكيم من حيث الشكل إذا أبرم في الشكل الذي يتطلبه القانون المحلي، أي قانون مكان الإبرام أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون الجنسية المشتركة إلى جعل العقد صحيحا للمتعاقدين، ولا يمكن إجراء اختيار خارج هذا النطاق، حتى ولو كان يهدف إلى جعل العقد صحيحا.

لكن من الصعب التسليم بهذا القول، لأن ذلــك لايمكــن أن يحــدث إلا إذا تطابقت مختلف القوانين الوطنية في أحكامها وهذا أمر صعب إن لم يكن مستحيل تحقيقه[170].

لهذا فقد تركت الاتفاقيات الدولية الباب مفتوحا لحدوث تنازع بين القوانين، حيــث أن المادة 07 من اتفاقية نيويورك قد أجازت التمسك بالقوانين الوطنية الأقل تشددا من حيث الشروط الشكلية الواجب توفرها في اتفاق التحكيم.

كما أجازت الاتفاقية الأوربية اتفاق التحكيم المبرم في الأشكال التي تقرهــا القوانين الوطنية الأكثر تحررا وذلك في العلاقات بين الــدول التــي لا تفــرض قوانينها الشكل المكتوب.

وعليه سنعود لمسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من حيث الشكل.

بالرجوع الى نظرية DUMOLIN الفرنسي بشأن إخضاع موضوع التصــرف لقانون إرادة المتعاقدين، أصبحت قاعدة خضوع التصرف لقانون محــل إبرامــه قاصرة على شكل التصرف فقط، وقد ثار خلاف حول طبيعة هذه القاعدة ومــا إذا كانت إختيارية أم إلزامية.

وطبقا للإتجاه الغالب[171] فإن قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محــل ابرامه من طبيعة اختيارية وليست الزامية فهذه القاعدة تقــررت أساســا بهــدف التيسير على المتعاقدين. وقد أخذت غالبية التشريعات الوطنية بقاعــدة خضــوع الشكل لقانون محل الإبرام، وبإعتبارها قاعدة إختيارية وليست ملزمــة[172]. وهــو مايأخذ به المشرع الجزائري في المادة 18 من التقنين المدني الجزائري[173]. فهــل يمكن تطبيق هذه القاعدة العالمية في القانون الدولي الخاص علــى شــكل اتفــاق التحكيم التجاري الدولي. انقسم الفقه بصدد هذه المسألة إلى قسمين:

الرأي الأول[174]:

ذهب إلى القول بأنه يجوز للأطراف إبرام اتفاق التحكــيم وفقــا للأشــكال المقررة في قانون الدولة محل الإبرام أو قانون الدولة مقــر التحكــيم، فمراعــاة

---

170 – حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 282.

171 –أنظر أحمد ابراهيم (ابراهيم)، المرجع السابق، ص 76.

172 –صادق(هشام)، " تنازع القوانين" المرجع السابق، ص 272، ومابعدها.

173 – حيث تنص " تسري على الإلتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر".

174 – -SAUSER HALL(G.) "L'arbitrage en droit international privé",A.I.D.I, 1952.p 563 et 564

الأشكال المقررة في أي من هذين القانونين يعد كافيا لجعل اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل.

ولقد تأثر بهذا الرأي مجمع القانون الدولي، حيث نص في المادة 07 من التوصية التي أصدرها المجمع في دورة إنعقاد بامستردام عام 1957، على أن :" يسري على شكل اتفاق التحكيم القانون النافذ في البلد الذي أبرم فيه هذا الاتفاق، ومع ذلك فإن اتفاق التحكيم الذي لا يكون مستوفيا للمتطلبات الشكلية المقررة في قانون بلد محل الإبرام يكون صحيحا متى روعيت فيه الأشكال المقررة في قانون المكان الذي يوجد به مقر التحكيم.

الرأي الثاني:

يذهب هذا الجانب من الفقه[175]، إلى القول بإخضاع شكل اتفاق التحكيم لقانون الدولة محل الإبرام أو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لهذا الاتفاق مع إعطاء الأولوية لهذا القانون الأخير، وهذا إزاء سكوت كلا من اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوربية حيث لم تضعا قاعدة تنازع قوانين خاصة بشكل اتفاق التحكيم.

وعليه يرى هؤلاء أن إعطاء الأولوية للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أي قانون الإرادة ليس معناه إستبعاد أو تجاهل قانون الدولة محل الإبرام كلية. فقد يكون من شأن تطبيق قانون الإرادة إعتبار اتفاق التحكيم باطلا من حيث الشكل، وفي هذه الحالة يتعين اللجوء إلى قانون الدولة محل الإبرام والذي قد يؤدي تطبيقه إلى اعتبار اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل[176].

وأخيرا الأخذ في الأعتبار الشروط الشكلية التي يتطلبها قانون دولة محل الإبرام وذلك لإعتبارات تتعلق بتنفيذ قرار التحكيم بعد صدوره، إذ أن القانون الدولي الخاص في الدولة مقر التحكيم أو في دولة القاضي المطلوب منه التنفيذ غالبا ما ينص على خضوع الشكل لقانون الدولة محل الإبرام، من شأنه أن يحصن اتفاقية التحكيم من الطعن فيها بالبطلان لمخالفتها للركن الشكلي.

---

175 - -FOUCHARD(PH.), Op. Cit. , p 86-86, n° 147.

176 -حسين محمد أبو زيد (سراج)، المرجع السابق، ص 285.

خاتمـــــــة

نستخلص من كل ما سبق أن اتفاق التحكيم رغم أنه يبرم مـــن أجـــل حـــل نزعات تتعلق بعلاقة قانونية قائمة بين الأطراف إلا أن القضاء توصل إلى مـــنح هذا الإتفاق الإستقلالية عن العقد الأصلي التابع لـــه،وبالتالي ايجـــاد حـــل لصـــد المناورات التي يمكن أن يلجأ إليها أحد الأطراف في العقـــود التجاريـــة الدوليـــة والمتضمنة اتفاق التحكيم، للتملص من اللجوء إلى التحكيم وبالتالي عـــدم إعمـــال نتائجه والمتمثلة في نزع الإختصاص من القضاء العادي للفصل في النزاع ونقـــل هذا الإلتزام إلى هيئة التحكيم، وهذا سواء للمماطلة في الإجراءات، أو لأن القرار الصادر من هيئة التحكيم يتعارض مع مصـــلحة أحـــد الأطـــراف وهـــذا نظـــرا لخصوصية وحساسية عقود التجارة الدولية، والذي ظهر التحكيم التجاري الـــدولي ليخدمها ويدعمها وبالنتيجة ظهر مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم وهذا في مرحلتين:

فالمرحلة الأولى : عنيت بتقرير مبدأ إستقلالية اتفـــاق التحكـــيم التجـــاري الدولي عن العقد الأصلي، وتعني أنه لا يمكن لأحد أطراف العلاقـــة الأصـــلية أن يحتج بعدم صحة اتفاق التحكيم لسبب أن العقد الأصلي قد طرأ عليه أي عـــارض سواء بالبطلان، أو الإنعدام أو الفسخ أو الإنقضاء. وبعد أن كرس هذا المبدأ مـــن طرف القضاء الفرنسي في عدة قضايا، بدأ يعرف تكريسا واضحا على مســـتوى النصوص القانونية سواء الداخلية أو الدولية، لما في هذا المبدأ من تحصين لاتفاق التحكيم من الزوال، ولتدعيم نظام التحكيم بصفة عامـــة والـــذي أصـــبح عصـــب التجارة الدولية، فبدونه ما كان لخوف المستثمرين أو عمـــلاء التجـــارة الدوليـــة التعامل مع أشخاص أجانب أن ينجلي نظرا للتخوف مـــن أن تطـــرح النزاعـــات المتعلقة بعقودهم على القضاء الوطني وما يعرفه من سلبيات فيما يخـــص العقـــود الدولية. ولقد كان المشرع الجزائري من بين القوانين التي كرست هذا المبدأ ، في تعديله لتقنين الإجراءات المدنية بموجب المرسوم رقم 93/08 لاسيما وأن الجزائر تحولت من مرحلة الإقتصاد الموجه إلى الإقتصاد الحر، وما يستتبعه من الحاجـــة إلى الزيادة في الإستثمارات وفتح التعاملات مع الخارج سواء بالنسبة للأشـــخاص العامة أو الأشخاص الخاصة، وهذا بعدما كان حظر اللجوء إلى التحكيم هو موقف المشرع الجزائري عقب الإستقلال.

وبالإضافة إلى نصوص القوانين الداخلية والدولية، عرف هذا المبدأ تكريسا في نصوص لوائح وأنظمة التحكيم الدولي، وكذلك قرارات التحكيم. وبما أن اتفاق

التحكيم هو اتفاق دولي، فإن تكريس هذه القاعدة في معظم النصوص القانونية أعطاه صفة القاعدة المادية الدولية، حيث أصبح هذا المبدأ يطبق دون حاجة إلى الإستناد إلى النصوص القانونية أو الأحكام القضائية سواء طرح النزاع على التحكيم أم أمام القضاء.

أما عن نتائج تطبيق هذا المبدأ فتتمثل في :

عدم إرتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي سواء كان مصير العقد الأصلي هو البطلان أو الإنعدام أو الفسخ أو الإنقضاء، حيث يظل اتفاق التحكيم صحيحا ومنتجا لآثاره باستثناء حالة ماإذا شاب اتفاق التحكيم في حد ذاته عيب يؤدي إلى بطلانه، فيقضي المحكم في هذه الحالة بعدم إختصاصه، لأن العيب لحق باتفاق التحكيم وليس بالعقد الأصلي.

أما الأثر الثاني فيتمثل في إمكانية تطبيق على اتفاق التحكيم قانون مختلف عن القانون المطبق على العقد الأصلي، وأخيرا يؤدي إعمال مبدأ الإستقلالية بهذه الصورة إلى إعطاء المحكم سلطة الفصل في مدى إختصاصه.

هذا وقد تطور هذا المبدأ بهذه الصورة إلى أن ظهر في صورة جديدة وهي إستقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني، و بعد الإنتقادات الموجهة لهذا المبدأ لإعتقاد البعض أنه تكريس لنظرية العقد بدون قانون وما يصاحب هذه النظرية من نبذ من طرف أغلبية الفقهاء، إلا أن المدافعين عن هذا المبدأ قالوا بأن الإستقلالية بهذه الصورة ما هي إلا إبتعاد عن تطبيق منهج التنازع المعروف في القانون الدولي الخاص لعدم تناسبه مع اتفاقات التحكيم، لاسيما من حيث تعقيده، وأن التحكيم ظهر ليواجه بطء القضاء العادي.

ويمكن أن نستنتج أن آثار تطبيق مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم بصورته الأولى، مترابطة ومتكاملة، حيث أن إعمال أحد هذه الآثار يؤدي إلى تطبيق الأثر الآخر. وأن هذه الآثار هي التي مهدت لظهور مبدأ الإستقلالية بصورته الثانية.

وقد رأى الإتجاه المؤيد لهذا المبدأ أنه من الضروري التخفيف من حدته لاسيما في صورته الثانية، بأن قيدوا تقدير صحة اتفاق التحكيم بالنظام العام، وقد تعرضنا لأنواع النظام العام التي يجب أن يخضع لها المحكم في تقديره لصحة اتفاق التحكيم، ورأينا أن هذا النظام العام يمكن أن يكون نظاما عاما داخليا بأنواعه الثلاثة أي النظام العام بمفهوم القانون الداخلي(التقنين المدني)، والنظام العام

بمفهوم القانون الدولي الخاص، والنظام العام بمفهوم قواعد البوليس بالإضافة إلىالنظام العام عبر الدولي وهو مفهوم حديث تطرقنا لأهم جوانبه.
وقلنا أن النظام العام يتدخل لتحديد ولتقدير مدى القابلية الشخصية للتحكيم وكذلك في إطار القابلية الموضوعية بالإضافة إلى الشكل المطلوب لإبرام اتفاق التحكيم.

على كل فإن النظام العام عبر الدولي، يبقى صعب التطبيق في بعض الأحيان لعدم اتفاق معظم النصوص القانونية حوله، وأنه يبقى عبارة عن وجهات نظر مختلفة للمحكمين والقضاة على حد سواء، رغم تسارع التشريعات الداخلية – لاسيما دول العالم الثالث، إلى ايراده في تشريعاتها الخاصة بالتحكيم، دون العمل على تحديد نطاقه وقواعده الأساسية، مما يجعل منه أداة خطر على هذه الدول، لا سيما وأن أغلب هيئات التحكيم وأشهرها تسيرها الدول المتقدمة. وعليه نرى أنه لا بد من انشاء هيئات تحكيم على التراب الوطني، حتى يمكن تفادي ضياع مصالح الأطراف الوطنية المتعاقدة ، باسم النظام العام الدولي.
هذا من جهة، ومن جهة أخرى ومن خلال دراستنا لهذا المبدأ في معظم جوانبه، لاحظنا أنه في الأساس يقوم على دراسة نفسية(سيكولوجية) للأطراف والمحكمين على حد سواء، حيث أن المبدأ ظهر في الحقيقة، ليواجه المناورات التي يعمد إليها أحد الأطراف للتخلص من التحكيم، وبالتالي هل في كل مرة يتداعى أحد الأطراف بطلان اتفاق التحكيم دل ذلك على سوء نيته؟

على كل فإن مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي سواء في صورته الأولى(إستقلالية عن العقد الأصلي) أو الثانية (استقلالية عن كل قانون وطني) أصبح يحد من هذه المناورات بالحد من أسباب بطلان اتفاق التحكيم.

وإذا كان المبدأ بصورتيه يحصن اتفاق التحكيم من الزوال ويدعم إختصاص المحكم بالفصل في النزاع، فمع ذلك لا يجب أن ننظر فقط إلى هذه المزايا، حيث وأنه كما سبق وأن رأينا في مثال شركة سوناطراك مع الشركةالأجنبية فإن هذه الإستقلالية قد تكون لها سلبيات. وعليه فمن واجب الأطراف في العلاقات التجارية الدولية لاسيما وأن هذا المبدأ أصبح مكرسا في أغلب النصوص القانونية سواء الداخلية أو الدولية فإنه إذا رأى الأطراف أن مصلحتهم تقتضي عدم تطبيق هذا المبدأ فمن الممكن أن يُعبروا عن ذلك صراحة في عقدهم.

وإذا كان المبدأ في صورته الأولى قد عرف تكريسا واضحا، فإن هناك نوعا من التخوف في الأخذ بالصورة الثانية من الإستقلالية، سواء في التشريعات الداخلية أو في المعاهدات الدولية. إلا أن ما لاحظناه من خلال النصوص القانونية مثل القانون الجزائري والقانون السويسري أنها تتجه نحو تقرير صحة اتفاق التحكيم بأن قررت إمكانية تطبيق أكثر من قانون لتقدير صحة اتفاق التحكيم، مما يعني أن الإتجاه السائد وإن لم يأخذ بصراحة بإستقلالية عن كل قانون وطني إلا أنه أقر صحة اتفاق التحكيم بآلية مختلفة. مثل ما هو الحال في التشريع الجزائري.

ولكن من الأفضل لو قام المشرع الجزائري طبقا للتقاليد والعادات التجارية السائدة فيه وما له من مصالح تختلف عن المصالح الأجنبية (لاسيما الغربية)، من الحفاظ وحماية قواعده الآمرة ونظامه العام الداخلي، وهو ما أخذ به في أول الأمر قرار Dalico ، حيث نجده قد تحفظ على القواعد الآمرة الداخلية والنظام العام الدولي على حد سواء.

ويبقى أمر توحيد القواعد المادية المتعلقة بشروط اتفاق التحكيم أمرا صعبا تسعى الاتفاقيات الدولية إلى التخفيف من حدته، حيث لا يمكن القول بأن اتفاق التحكيم يخضع لقواعد دولية آمرة لم تتفق عليها جميع الدول.

كما أن فكرة النظام العام عبر الدولي والمبتدعة من طرف الغرب ما هي في حقيقة الأمر إلا وسيلة لحماية مصالحها أكثر منها لحماية مصالح الأطراف أو على الأقل مصالح التجارة الدولية للطرفين. وهذا في حالة كون أحد الأطراف لا ينتمي إلى هذه الدول.(الدول المتقدمة)، مما جعل بالبعض يذهب إلا أن قواعد التجارة الدولية هي من صنع الدول المتقدمة، وتفرض فرضا على دول العالم الثالث، وما تقنين هذه الدول لبعض هذه الأحكام-كما هو الحال بالنسبة لاستقلالية اتفاق التحكيم- إلا رضوخا للأمر الواقع والمفروض عليها فرضا. لهذا نود أن نشير إلى أنه يجب على هذه الدول -العالم الثالث- أن تنشأ محاكم أو غرف على غرار الدول المتقدمة تختص بالفصل في النزاعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية بطريق التحكيم حتى لا تظطر الأطراف المنتمية لهذه الدول الخضوع لقرارات صادرة عن جهات أجنبية غالبا لا تتميز بالحياد التام.

تم بعون الله وحمده.

قائمـــــــة المراجـــــع

أولا: المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب القانونية:

1. أبو الوفا (أحمد)، "التحكيم الإختياري والإجباري"، الطبعة الثالثـــة، منشـــاة المعارف الإسكندرية، 1987.
2. أبو زيد رضوان، "الأسس العامة في التححكيم التجاري الدولي"، دار الفكـــر العربي، مصر 1981.
3. أحمد ابراهيم (ابراهيم)، "التحكيم الدولي الخـــاص"، الطبعـــة الثانيـــة، دار النهضة العربية ، 1997.
4. أحمد بريري(مختار)، " التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصـــة للقـــانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنيـــة والتجاريـــة"، دار النهضـــة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة 1995.
5. إدوار(عيد)، "موسوعة أصول المحاكمات المدنية"، الجـــزء 10، التحكـــيم ، منشأة المعارف، 1989 .
6. أنعم بن ناجي الصلاحي (أحمد)، "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة"،المؤسسة الجاعية للدراسات والنشر والتوزيع، مركز الدراسات والبحوث اليمني، 1994.
7. اسماعيل علم الدين(عز الدين)، "منصة التحكيم التجاري الـــدولي"، الجـــزء الأول، 1986.
8. الأحدب (عبد الحميد)، "موسوعة التحكـــيم الـــدولي"، الجـــزء الثـــاني، دار المعارف، 1998.
9. الجمال (مصطفى)، عبد العال (عكاشة)، " التحكيم في العلاقات الخاصـــة الدولية في ضوء القانون المصري 94/27" ،الطبعة الأولى، منشورات حلبـــي الحقوقية، 1998.
10. السيد الحداد (حفيظة)، "الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته وآثاره والنظام القانوني الذي يحكمه، ومدى تـــأثر قـــانون التحكـــيم المصري الجديد بها"، دار الفكر الجامعي، 1996.
11. السيد الحداد (حفيظة)، "الطعن بالبطلان في قرارات التحكيم الصادرة فـــي المنازعات الخاصة الدولية"، جار الفكر الجامعي، 1997.

12. العربي (بلحاج)، "النظرية العامة للإلتزام في القانون المــدني الجزائـــري-التصرف القانوني"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
13. الفقي (عاطف)، "التحكيم في المنازعات البحرية-دراسة مقارنة في التحكيم البحري في لندن، نيويورك، باريس، مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري"، دار النهضة العربية، 1998.
14. بلقاسم (أعراب)، "القانون الدولي الخاص الجزائري -تنــازع القــوانين "، الزيتونة للإعلام والنشر.
15. جعفور (محمد السعيد)، "نظرات في صحة العقد وبطلانـــه فـــي القـــانون المدني والفقه الإسلامي)، دار هومة.
16. حسين محمد أبو زيد (سراج)، "التحكيم في عقود البتـــرول"ن دار النهضـــة العربية، 2000.
17. خليل (أحمد)، "قواعد التحكيم ،دراسة متعمقة في طرق الطعن فـــي القـــرار التحكيمي "، منشورات الحلبي الحقوقية ، بدون سنة.
18. دسوقي (عبد المنعم)، " التحكيم التجاري الدولي والداخلي"، مكتبة مـــدبولي، 1994.
19. راشد (سامية) ، "دور التحكيم في تدويل العقـــود، دار النهضـــة العربيـــة، 1990.
20. راشد (سامية)، "التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة"، دار النهضة العربية، القاهرة 1984.
21. رياض(فؤاد)، "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، الجـــزء الثـــالني، دار النهضة العربية .
22. شفيق (محسن)، "التحكيم التجاري الدولي -دراسة فـــي قـــانون التجاريـــة الدولية"ن دار النهضة العربية ، 1989.
23. شهاب (عاطف)، "اتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي "، دار النهضة العربية ، 2002.
24. عبد الرحمان (هدى)، "دور المحكم في خصومة التحكيم "، مصر 1997.
25. عبد العليم الرفاعي (أشرف)،" النظام العام والقانون الواجب التطبيق علـــى إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي"، دار الفكـــر الجـــامعي، 2003.

26. عبد العليم الرفاعي(أشرف)، "اتفاق التحكيم والمشكلات العلملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية –دراسة فقهية وقضائية مقارنة"، دار الفكر الجامعي، 2003.
27. عبد العليم الرفاعي(أشرف)، "القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية–دراسة فقهية وقضائية مقارنة"، دار الفكر الجامعي، 2003.
28. عبد الفتاح ترك(محمد)، "التحكيم البحري"، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003.
29. عبد القادر (ناريمان)، " "اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 94/27، دراسة مقارنة : اتفاقية نيويورك والقانون الفرنسي والقانون النموذجي، الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية"، الطبعةالأولى، دار النهضة العربية، 1996.
30. عبد الكريم سلامة (أحمد)، "نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولي، دراسة تأصيلية انتقادية"، دار النهضة العربية، 1989.
31. عبد المجيد (منير)، " التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء فقه وقضاء التحكيم"، منشأة المعارف، 1997.
32. عز الدين (عبد الله)،" القانون الدولي الخاص"، الجزء الثاني، 1986.
33. علي رحيم (عامر)، "التحكيم بين الشريعة والقانون"، منشورات الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا 1987.
34. عليوش قربوع(كمال)، " التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
35. عمر التحيوي(محمود السيد)، "العنصر الشخصي لمحل التحكيم "، دار الفكر الجامعي ، 2003.
36. عمر التحيوي(محمود السيد)، "أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته وفقا للقانون المصري رقم 94/27"، دار المطبوعات الجامعية، 2001.
37. عمر التحيوي(محمود السيد)،"شرط التحكيم وجزاء الإخلال به"، دار الفكر الجامعي، 2001.

38. قادر ي (عبد العزيز)،" الإستثمارات الدولية- التحكيم التجاري الدولي ضمان الإستثمارات"، دار هومة، 2004.
39. قدادة (خليل أحمد)، "الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري-مصادر افلتزام"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
40. كيرة (حسن)، " المدخل إلى القانون"،دار النهضة العربية بيروت، 1967.
41. محمد ابراهيم(نادر)، "مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي"، دار الفكر الجامعي ، 2000.
42. محمد سامي(فوزي)، "التحكيم التجاري الدولي"، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997 .
43. محمد هاشم (محمود)، "النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية- اتفاق التحكيم"، الجزء الأول، دار الفكر العربي 1990.
44. محمود بردان(اياد)، "التحكيم والنظام العام ، دراسة مقارنة"، منشورات حلبي الحقوقية، 2004.
45. منشاوي (عبد الحميد)، "التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا لقانون التحكيم المصري رقم 94/27- دراسة مقارنة"، منشأة المعارف 1995.
46. هندي (أحمد)، "تنفيذ أحكام المحكمين، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية، الدار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، 2001.
47. ياقوت(محمود)، "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد -قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف، الإسكندرية 2000.

ب- المقالات القانونية الواردة في المجلات والدوريات القانونية:

1. أبو زيد رضوان " الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي- دولية التحكيم "، القسم الثاني، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثالثة، العدد الأول، 1979.
2. أبو زيد رضوان ،" الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي- القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع "، القسم الرابع، مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الرابعة، العدد الثاني، 1980.

3. أبو زيد رضوان، " الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي – القـــانون الذي يحكم النزاع "، القسم الثالث، مجلة الحقوق والشريعة السنة الثالثة، العـــدد الثاني، 1979.
4. السمدان (أحمد)، " القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجـــاري الـــدولي"، مجلة الحقوق ، السنة السابعة عشر ، العدد الأول، 1993.
5. تراري ثاني(مصطفى)، "استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكـــيم التجارة الدولي المعاصر"، مجلة الدراسات القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، العدد التاسع، 2003.
6. تراري ثاني(مصطفى)، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صـــدور المرسوم التشريعي رقم 1993/09"، مجلة الدراسات القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، العدد الثالث، 2003.
7. طلعت الغنيمي(محمد)، "شرط التحكيم في اتفاقات البترول"، مجلة الحقـــوق، السنة السادسة ، العدد الأول، 1982.
8. عبد الرحمان الملحم(أحمد)، "عقد التحكيم التجاري المبرم بـــين المحكمـــين والخصوم"، مجلة الحقوق، سنة 18، العدد الثاني، ص 1994.

ج– رسائل الدكتوراه والماجستير :

1. بكلي (نور الدين)، "اتفاق التحكيم التجاري الدولي فـــي الجزائـــر"، رســـالة ماجستير، جامعة الجزائر 1997.
2. بن الشيخ (نور الدين)، " شرط التحكيم في العقـــود افقتصـــادية الدوليـــة" ، رسالة ماجستير، الجزائر 1986.
3. حبار (محمد)، "نظرية بطلان التصرف في القانون المدني الجزائري وفـــي الفقه الإسلامي"، رسالة دكتوراه، الجزائر1986.
4. زروتي (الطيب)، " النظام القانوني للعقود الدولية في القـــانون الجزائـــري المقارن"، رسالة دكتوراه ، الجزء الأول، جامعة الجزائر،1991.
5. شريف(هنية)، "القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي"، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 2003.
6. ميلود (سلاّمي)، " عقد التحكيم في القانون الـــداخلي الجزائـــري"، مـــذكرة ماجستير، الجزائر 2003.

ثانيا: قائمة المراجع باللغة الأجنبية:

أ – الكتب القانونية :

1. DERAINS (Y.), " Intérets moratoires dommages intérét compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international", LITEC-Paris, 1991.
2. EL-AHDAB(A.), "L'arbitrage dans les pays arabes", économica.
3. FOUCHARD(PH.), GAILLARD(E.), GOLDMAN(B.)," Traité de l'arbitrage commercial international", Li. Tec Delta , 1996.
4. GAVALDA (CH.), LUCAS ELEYSSAC (C.), " Arbitrage ", connaissance de droit , Dalloz.
5. HENZE (V.), " Traité des contrats -la vente internationale des marchandises ", Delta 2000.
6. JAQUET (J-M.), " Le contrat international", Dalloz, 1992.
7. LALIVE(P.), POUDRET(J.F), REYMOND(C.L), " Le droit de l'arbitrage en suisse", Edition Loyot LAUSSANE 1989.
8. MARTINEZ(J.C.), "Le droit international et le commerce des armes ", PEDON -Paris 1983.
9. MAYER (P.), "Droit de l'arbitrage- OHADA", Bruylant, 2002.
10. RENE (D.), " L'arbitrage dans le commercr international" , Economica, 1982.
11. ROBERT (J.), " Arbitrage Civil et commercial - droit interne et droit international privé", 4 ème éd , Dalloz 1967.

12. TERKI (N.), " L'arbitrage commercial international en Algérie", O.P.U, 1999.

ب–قائمة بأهم المقالات الواردة في المجلات و الدوريات القانونية:

1. CARABIBER (CH.),"L'évolution de l'arbitrage commercial international ", Rev. Cours. Acad de Dr. Int.
2. CLY(T.), ".L'arbitrage: une question d 'actualité", Petites Affiches, édition quotidiennes des journaux judiciaires associés, octobre2003, n° 197.
3. ENOUZ(A.), " La clause d'arbitrage dans les contrats internationaux (Etude du droit Français et du droit international comparé inspirée des droits nationaux, des conventions internationales et de l'unsage international), journal of law, june 2001, Vol. n° 25, The academic publication concil Kwait University.
4. FOUCHARD (PH.), "L'arbitrage commercial international ", J.Cla. P.C., Fasc n° 1050. 1994.
5. FOUCHARD(PH), "Les conflit de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrièlle",Rev.Arb. 1977.
6. FRANCISKAKIS(PH) ," Y-a t'il de nouveau en matière d'ordre public", travaux de comité de D.I.P.1971.
7. GAILLARD(E.),"Arbitrage commercial international" , J.Cla. P.C., Fasc 1054.
8. GOLDMAN(B.), "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", R.C.A.D.I. 1 963.
9. JARROSSON (CH.), " Contrats commerciaux internationaux "; J.Cla.Com. Fasc 335. Juin 1998.
10. JARROSSON (CH.), "Arbitrage commercial international ", J.Cla.D.I. Fasc 203, mars 1998.
11. LAGARDE (P.), "Le nouveau droit international privé des contrats après l''entrée en vigeur de la convention de Rome du 19Juin 1980", R.C. , 1991
12. LALIVE (P.), " Tendances et méthodes en droit international privé", Rec. des Cours de LAHAYE, t 155, 1977.
13. MAUREAU (B.) , " Arbitrage international ", Encyclopédie Dalloz, Rép de Dr. Com.. Mars 2001.

14. MAYER (P), " Note sous l'arret DALICO 20/12/1993" , R.C 1994.
15. MAYER (P.), "L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence", R.C.A.D.I., 1989.
16. MAYER(P.), "La règle morale dans l'arbitrage international, étude offerte à BELLET", Paris 1991.
17. MAYER(P.), "L'interférence des lois de police", Pub C.C.I. n° 440/1, 1986.
18. SANDERS(P.), " L'autonomie de la clause compromissoire" liber Amicorum, C.C.I . Publication.
19. SANDERS(P.A) , "L'autonomie de la clause compromissoire", étude Eiseman.
20. SAUSER -Hall (G.), " L'arbitrage en droit international privé ", A.I.D.I., 1952, T.1.
21. TARARI-TANI (M.), "Les Règles d'arbitrage international en Algérie ", Revue Algériènne des Sciences juridiques et Economiques et Politique", Université d'Alger, t 35, n°1 , 1997.
22. YEAR Book 1967, n° 388.
23. SULEIMAN FARQI,(H.), " Dictionary English-Arabic", Librairie du LIBAN Publishers; 3Ed.

ج- أهم التعليقات على الأحكام القضائية وقرارات التحكيم:

1. ALEXENDRE. : Cass.Civ.Fr. du 18 mai 1971, J.D.I.
2. CAPITAN : Cass.Civ. Fr. du 17 mai 1927, Sirey 1929.
3. GAILLARD(E.): Cass. Civ. .20 décembre1993, J.D.I. 1994.
4. GAUDEMENT TALLON (H.): Cass. Civ. 26.03.1991, Rev. Arb., 1991.
5. LIBCHABER(R.) :Cass Com 09/04/1991 Rev .Arb. 1991.
6. LOQUIN(E.): Cass. Civ. du13 Décembre 1975, Clunet 1977.
7. MAZGER (N.) :Prima Paint v Flood & Coclin U.S 1967, Rev. Crit. D.I.P. 1968.
8. MAZGER (N.): Cass.Civ. Fr. du 26 avril 1985, Rev.Arb.
9. MICHEL (M.): . Caas.Civ 8/12/1998. R.C 1999.
10. MOITRY (H.J): Cass. Civ 10 octobre 1990, Rev. Arb. 1990.

11. MOTOLUSKY(H.): Cass.Civ. 07 mai 1963 , Rev. Crit. D.I.P.
12. NIBOIYET (J.B) :Cass.Civ Fr. 19 février 1930, Sirey 1933.
13. OPPETIT(B.): Cass. Civ. du 04 juill 1972, Clunet 1972.
14. ANCEL(P.) : C.A.P le 8/10/1998, SAM c /PERRIN, Rev. Arb.1999, p 354.
15. FOUCHARD(PH.): C.A.P. le 13 decembre 1975, Rev.Arb., 1977.
16. KNOEPFLER(F.): Trib Féd SUISSE 23/06/1992, Rev.Arb1993, p 691.
17. RACINE(J.B.) : C.A.P. le 01mars 2001, Rev.Arb.2001.
18. DERAINS(Y.) : Sentence rendue dans l'affaire n° 1526 , en 1968, Clunet 1974.
19. JARVIN (S.) : Sentence rendue dans l'affaire n° 4504 en 1985, J.D.I
20. Sentence rendue le 12/04/1977 dans l'affaire LIAMCO.
21. Sentence rendue le 19 janvier 1977, Clunet 1977.

الفهـــــرس

المبحث الثاني

الفصل الثاني

المبحث الثاني

Art. 10 Règlement des différends entre un Etat contractant et un investisseur

(1) Les différends entre un Etat contractant et un investisseur de l'autre Etat contractant relatifs à un investissement de cet investisseur au sens du présent Accord seront, si possible, réglés à l'amiable.

(2) Si un tel différend n'a pu être réglé dans les six mois suivant la date à laquelle l'une des parties au différend a invité par écrit l'autre partie à le régler à l'amiable, il sera réglé dans le cadre de l'une des procédures suivantes, au choix de l'investisseur partie au différend:

(a) toute procédure de règlement des différends préalablement convenue;

(b) l'arbitrage international, conformément aux dispositions suivantes du présent article.

(3) Si l'investisseur entend soumettre le différend à l'arbitrage international en vue de son règlement, il donnera son consentement par écrit pour que le différend soit porté devant:

(a) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (le «Centre»), institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats[1], ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965 (la «Convention de Washington»), pour autant que les deux Etats contractants soient parties à la Convention de Washington et que celle-ci soit applicable au différend, ou

(b) le Centre, sur la base du règlement du mécanisme supplémentaire pour l'administration des procédures par le Secrétariat du Centre («règlement du mécanisme supplémentaire»), si l'Etat contractant de l'investisseur ou l'Etat contractant partie au différend, mais non les deux, est partie à la Convention de Washington, ou

(c) un tribunal arbitral constitué sur la base du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI; le «Règlement»), le Règlement pouvant être modifié par les parties au différend (l'autorité de nomination visée à l'art. 7 du Règlement sera le Secrétaire général du Centre), ou

(d) un tribunal arbitral constitué conformément aux règles d'arbitrage de toute autre institution d'arbitrage agréée par les parties au différend.

(4) Nonobstant la soumission d'un différend à l'arbitrage contraignant conformément à l'al. (3), l'investisseur pourra demander, afin de préserver ses droits et intérêts, aux tribunaux civils ou administratifs de l'Etat contractant partie au différend, avant ou

pendant la procédure d'arbitrage, de prendre des mesures provisoires n'entraînant pas le paiement de dommages et intérêts.

(5) Les deux Etats contractants donnent leur consentement inconditionnel à ce qu'un différend en matière d'investissement soit soumis à l'arbitrage contraignant, selon la procédure choisie par l'investisseur conformément à l'al. (3), let. (a), (b) et (c), ou convenue par les parties au différend conformément à l'al. (3), let. (d).

(6) (a)

Le consentement visé à l'al. (5) et le consentement de l'investisseur selon l'al. (3) satisferont aux exigences d'un consentement écrit des parties au différend aux termes du chap. II de la Convention de Washington, du règlement du mécanisme supplémentaire, de l'art. II de la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[2], faite à New York le 10 juin 1958 («la convention de New York»), et de l'art. 1 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI;

(b)

Tout arbitrage en vertu du présent article aura lieu, avec l'accord des parties au différend, dans un Etat qui est partie à la Convention de New York. Les réclamations soumises à l'arbitrage conformément au présent article seront réputées issues d'une relation ou d'une transaction commerciale aux fins de l'art. 1 de ladite Convention.

(c)

Aucun Etat contractant n'accordera la protection diplomatique ni ne formulera de prétention internationale en ce qui concerne un différend soumis à l'arbitrage, à moins que l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue dans un tel différend. Cependant, aux fins d'application de la présente disposition, la protection diplomatique ne vise pas les simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement d'un différend.

(7) Un tribunal arbitral constitué selon le présent article statuera sur les points litigieux conformément aux règles convenues par les parties au différend. A défaut d'un tel accord, le tribunal arbitral appliquera les dispositions du présent Accord et les règles généralement reconnues du droit international, ainsi que le droit national de l'Etat contractant partie au différend.

(8) Un investisseur, autre qu'une personne physique, qui a la nationalité d'un Etat contractant partie au différend à la date du consentement écrit visé à l'al. 6 et qui, avant qu'un différend ne survienne entre lui et cet Etat contractant, était contrôlé par des investisseurs de l'autre Etat contractant sera considéré, aux fins de l'art. 25, al. 2, let. b, de la Convention de Washington, comme un «ressortissant d'un autre Etat contractant» et, aux fins de l'art. 1, al. 6, du règlement du mécanisme supplémentaire, comme un «ressortissant d'un autre Etat».

(9) Les sentences arbitrales, qui pourront inclure l'attribution d'intérêts, seront définitives et obligatoires pour les parties au différend. Chaque Etat contractant exécutera sans retard ces sentences et prendra des mesures en vue de leur exécution effective sur son territoire.

(10) Aucun Etat contractant ne pourra exciper de son immunité dans une procédure judiciaire, arbitrale ou autre, ou lors de l'exécution d'une décision ou d'une sentence arbitrale concernant un différend entre un Etat contractant et un investisseur de l'autre Etat contractant. Aucune demande reconventionnelle ou en compensation ne pourra être fondée sur le fait que, en vertu d'un contrat d'assurance, l'investisseur concerné a reçu ou recevra d'une tierce partie, publique ou privée, y compris l'autre Etat contractant et ses entités sous-nationales, organismes ou institutions, une indemnité ou une autre réparation couvrant tout ou partie du dommage allégué.

Art. 11 Règlement des différends entre les Etats contractants

(1) Les Etats contractants régleront, si possible, par la voie diplomatique tout litige relatif à l'interprétation et à l'application du présent Accord.

(2) Si le différend n'est pas réglé par la voie diplomatique dans les six mois suivant la date à laquelle l'un ou l'autre Etat contractant a demandé son règlement, et à moins que les Etats contractants n'en conviennent autrement par écrit, chaque Etat contractant pourra, par une communication écrite adressée à l'autre Etat contractant, soumettre le différend à un tribunal arbitral ad hoc conformément aux dispositions suivantes du présent article.

(3) Le tribunal arbitral sera constitué de la manière suivante: chaque Etat contractant désignera un membre, et les deux membres choisiront ensemble un ressortissant d'un Etat tiers qui sera nommé président du tribunal arbitral par les deux Etats contractants. Les membres et le président seront désignés respectivement dans les deux et quatre mois suivant la date à laquelle un Etat contractant aura fait part à l'autre Etat contractant de son intention de soumettre le différend à un tribunal arbitral.

(4) Si les délais fixés à l'al. (3) n'ont pas été observés, l'un ou l'autre Etat contractant pourra, à défaut de tout accord applicable, inviter le Président de la Cour internationale de justice à procéder aux nominations nécessaires. Si le Président de la Cour internationale de justice est ressortissant de l'un des Etats contractants ou s'il est empêché d'exercer cette fonction pour une autre raison, le Vice-président de la Cour internationale de justice sera invité à effectuer les nominations. Si le Vice-président de la Cour internationale de justice est aussi ressortissant de l'un des Etats contractants ou s'il est également empêché d'exercer cette fonction, le membre le plus ancien de la Cour internationale de justice qui n'est pas ressortissant de l'un des Etats contractants sera invité à procéder aux nominations.

(5) Le tribunal arbitral rendra ses décisions à la majorité des voix. Ces décisions seront conformes au présent Accord et aux règles généralement reconnues du droit international dans la mesure où elles sont applicables, et elles seront définitives et obligatoires pour les deux Etats contractants. Chaque Etat contractant supportera les frais du membre du tribunal arbitral qu'il a désigné et de sa représentation à la procédure arbitrale. Les frais du président et les frais restants seront répartis à parts égales entre les Etats contractants. Le tribunal arbitral pourra toutefois, à sa discrétion, imputer une part plus importante des frais, voire leur totalité, à l'un des Etats contractants. Pour le reste, le tribunal arbitral fixera ses propres règles de procédure.

Art. 13 Application d’autres règles

Si des dispositions de la législation d’un Etat contractant ou des obligations de droit international, actuelles ou futures, liant les Etats contractants contiennent, en sus du présent Accord, des règles générales ou spéciales qui accordent aux investissements des investisseurs de l’autre Etat contractant un traitement plus favorable que celui prévu par le présent Accord, elles prévaudront sur ce dernier dans la mesure où elles sont plus favorables à l’investisseur.

Art. 14 Champ d’application de l’Accord

Le présent Accord s’appliquera aux investissements effectués avant ou après son entrée en vigueur par des investisseurs d’un Etat contractant sur le territoire de l’autre Etat contractant.

Art. 16 Durée et extinction

(1) Le présent Accord sera valable pour une période de quinze (15) ans; après ce terme, il restera en vigueur pour des périodes successives de quinze ans, à moins que l’un des Etats contractants ne le dénonce par écrit avec préavis d’un an avant l’expiration d’une période de validité.

(2) En ce qui concerne les investissements effectués avant que la dénonciation du présent Accord n’ait pris effet, les dispositions de celui-ci continueront de s'appliquer pendant une période supplémentaire de quinze (15) ans à compter du jour de son extinction.

En foi de quoi, les plénipotentiaires respectifs des deux Etats contractants ont signé le présent Accord.

Fait en deux originaux à Koweït, le 11 Rajab 1419 H, correspondant au 31 octobre 1998, chacun en arabe, en allemand et en anglais, chaque texte faisant également foi. En cas de divergence d’interprétation, le texte anglais prévaut.